

ATOS DE CONCENTRAÇÃO COMO UMA PRÁTICA ANTITRUSTE: A PROTEÇÃO DA CONCORRÊNCIA

Thalyta da Silva Santos (IC) e Renata Munhoz (Orientadora)

Apoio: PIBIC Mackenzie

Resumo

O presente artigo desenvolve um estudo sobre o instituto da concentração e suas particularidades, verificando se essa é, em si mesma, uma prática anticoncorrencial. Por meio de pesquisa puramente bibliográfica, de doutrina e legislação, trouxemos a definição de concentração valendo-nos de dois conceitos básicos oriundos da doutrina Alemã, quais sejam, a influência dominante e a influência relevante do ponto de vista concorrencial. Partindo de tais conceitos, demonstramos que a ocorrência de concentração depende da presença desses dois elementos. A necessidade da busca de tais elementos doutrinários se deu em razão de o conceito tradicional de concentração não abarcar os atos que culminam nesse fenômeno, sem decorrerem de um contrato ou de participação societária (concentração velada). Traçamos um rápido panorama das formas de concentração previstas no direito brasileiro, para finalmente abordamos as razões, os benefícios e os malefícios da concentração. A conclusão a que chegamos é de que não se pode afirmar que a concentração é um mal em si mesmo, pois trata-se de um instituto de tamanha complexidade que demanda a análise do caso para se chegar a uma conclusão. É sabido que a concentração pode ocasionar certos resultados que causam sérios prejuízos, como quando se cria oligopólios e monopólios. Entretanto, há casos em que se faz necessária a realização de um ato de concentração como forma de viabilizar a atividade empresarial.

Palavras Chave: Concentração; antitruste; concorrência

Abstract

This paper develops a study of the concentration's institute and its particularities, verifying if it is, in itself, an anti-competitive practice. Through purely bibliographic research, doctrine and legislation, we brought the definition of concentration by relying on two basic concepts of the coming German doctrine, which are the dominant influence and the distinguished influence of the competitive point of view. Based on these concepts, we demonstrated that the occurrence of concentration depends on the presence of these two elements. The need to search for such doctrinal elements was due to the traditional concept of concentration not encompass the acts that culminate this phenomenon, without result from a contract or corporate participation (veiled concentration). We drew a quick overview of the concentrations' forms foreseen in Brazilian law,

to finally approach the reasons, the benefits and harms of concentration. The conclusion we reached is that one can not say that concentration is an evil in itself, because it is an institute of such complexity that demands the analysis of the case to reach a conclusion. It is known that the concentration may lead to certain results that cause serious damage, as when as creating oligopolies and monopolies. However, there are cases where is necessary the accomplishment of a concentration act as a way to facilitate the business activity.

Keywords: Concentration; competition; antitrust

Introdução

Nas primeiras civilizações, a maior preocupação da humanidade era estocar insumos indispensáveis à sua sobrevivência. No entanto, com o passar dos anos e a mudança na dinâmica social, o ser humano se viu forçado a consumir artigos mais diversificados e sofisticados, não mais se contentando com o suficiente para sobreviver. Por causa dessa nova necessidade a intervenção do direito fez-se necessária para suprimir os abusos provenientes dos mercados em crescimento constante.

Surgiu então o direito concorrencial, a princípio com leis que visavam instituir pura e simplesmente a liberdade de comércio e, mais tarde, com leis que reprimiam o abuso de poder econômico.

O Brasil, com o intuito de resguardar a defesa da concorrência salvaguardou na própria constituição o princípio da livre concorrência como um dos fundamentos da ordem econômica e social. A intenção era coibir infrações à ordem econômica, zelando pelo livre funcionamento do mercado, e, como consequência, protegendo o consumidor.

Com a intenção de burlar a livre concorrência algumas empresas de grande poder econômico acabam por realizar atos de concentração visando seus próprios interesses, monopolizando o mercado. As consequências da monopolização são inúmeras, dentre as quais o aumento dos preços, apropriação de parte significativa da renda do consumidor e a criação de barreiras para entrada de novos competidores no mercado.

No entanto, a principal norma brasileira sobre o assunto permite a realização de atos que culminam em concentração, o que nos leva a questionar: A concentração é uma prática antitruste em si mesma? Foi o que nos propomos a descobrir.

O presente trabalho objetivou investigar o fenômeno da concentração, demonstrando o seu impacto no mercado, avaliando as vantagens e desvantagens, bem como porque os atos concentracionistas podem ser considerados antitrustes.

A defesa do direito concorrencial torna-se ainda mais importante diante de uma economia cada vez mais globalizada. A não intervenção do Estado, pelo menos no que diz respeito à regulamentação e fiscalização, pode propiciar um domínio excessivo por grupos específicos com o consequente desestímulo a novas empresas e neutralização da entrada de capitais externos. E é por isso que o entendimento sobre este instituto e suas vantagens e desvantagens se torna tão importante.

Referencial teórico

A palavra concorrência vem do latim *concurrentia*, de *concorre*, que significa competir, disputar, pretender, combater, contribuir. Nos dizeres de Plácido e Silva, na esfera jurídica, concorrência é o ato pelo qual um agente procura estabelecer “competições de preços”, a fim de que se apure as “melhores condições” em que possa efetivar a “compra” ou “realizar a obra” (SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 31ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p 515).

Em suma, trata-se de um ato lícito que estabelece a rivalidade comercial ou industrial que faz com que haja disputa de clientes e fregueses. De forma vulgar, a concorrência pode ser definida como disputa entre vários agentes na conquista de clientes.

A concorrência, portanto, pressupõe a existência de diversos agentes competindo entre si. Alguns autores chamam essa existência múltipla de competidores de atomização.

Fabio Nusdeo, economista e jurista, é um dos que acreditam ser a atomização um pressuposto básico do sistema de mercado, ou seja, para o bom funcionamento do mercado é necessária a coexistência de um “número razoavelmente elevado de compradores e vendedores em interação recíproca”, sendo que “nenhum” deles pode ser “excessivamente grande ou importante”. Todavia, ressalta, o que determina se uma empresa é grande ou pequena é a sua capacidade ou não de “influenciar nas condições do mercado” onde opera, principalmente os preços nele praticados. É o que no jargão inglês é chamado de *market share* (NUSDEO, Fábio. Curso de Economia: introdução ao direito econômico. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 120).

Para ilustrar o que seria a atomização Fabio Nusdeo dá o seguinte exemplo:

É fácil imaginar que, numa feira livre, o fato de um dado vendedor estar ausente em um certo dia não levará a qualquer alta dos preços dos produtos por ele oferecidos, pelo simples fato de sua parcela no conjunto total da oferta ser negligenciável. Os artigos não vendidos por ele serão supridos facilmente pelos seus concorrentes. O mesmo ocorre com um cafeicultor, ainda quando seja importante fazendeiro, caso se decida erradicar o seu cafezal. Nem por isso a oferta de café sofrerá tal abalo a ponto de provocar qualquer alteração nos preços (NUSDEO, Fábio. Curso de Economia: introdução ao direito econômico. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015).

A preocupação pela manutenção da concorrência recebeu elevado cuidado no direito brasileiro. Tanto é que a Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu artigo 170, inciso IV, como um dos fundamentos da Ordem Econômica do Estado, o princípio da livre concorrência. A intenção foi privilegiar a concorrência, elevando-a a princípio constitucional.

Em oposição à atomização temos a concentração. Em seu sentido *lato* concentração significa a reunião de muitas coisas ou muitas pessoas num centro/ponto. Já em seu sentido jurídico, pelo menos no ramo do Direito Econômico, a concentração deve ser entendida levando-se em conta dois conceitos desenvolvidos pela doutrina antitruste, sobretudo na Alemanha e na Comunidade Europeia, quais sejam, os conceitos de *influência dominante* e *influência relevante do ponto de vista concorrencial*.

Diante disso temos que, como enuncia Ana Nusdeo, a *influência dominante* se caracteriza pela capacidade de intervir na “condução e no planejamento dos negócios da outra empresa” ainda que inexistam uma participação majoritária, ou mesmo societária, no capital dessa última (NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Defesa da Concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 22).

O doutrinador Calixto elenca duas possíveis origens para a influência dominante: uma societária (embasada no controle interno e externo) e outra contratual, sendo que ambas têm de estar diretamente relacionadas ao planejamento da empresa nas áreas de pesquisa e desenvolvimento, investimento, produção e vendas (SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 310).

Nesse sentido, pode-se concluir que o detentor de posições minoritárias do capital social ou apenas detentor de uma relação contratual poderão exercer o controle sobre o planejamento de outra empresa de forma a influenciar seus negócios sociais. Para que se caracterize a influência dominante é essencial que a relação contratual ou societária seja permanente, não servindo para sua caracterização a realização de atos isolados.

A ausência de influência dominante, portanto, acarretaria na inviabilidade de conjectura de uma concentração econômica. Logo, seria incorreto concluir que as ações das empresas foram tomadas enquanto unidade e, assim, impossível a aplicação das sanções jurídicas relativas a um ato de concentração.

A *influência relevante do ponto de vista concorrencial* diz respeito à comprovada influência na condução dos negócios sociais de uma empresa por outra – muitas vezes sua concorrente. Essa influência, normalmente, não é tão aberta, de modo que não há como saber se estão

concentradas, havendo apenas um mutualismo ou um comportamento de cooperação entre ambas. Calixto conceitua este tipo de influência como “aqueles casos em que a conformação da estrutura societária torna possível (e aconselhável) presumir o comportamento cooperativo”, apresentando como exemplo de influência relevante o direito a veto dentro de uma sociedade (SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 315-317).

Partindo do que nos ensina Fabio Nusdeo, quanto o conceito de “empresa grande” chegamos à conclusão de que uma vez presentes a *influência dominante* e a *influência relevante do ponto de vista concorrencial* evidente a concentração, e isso, a princípio, seria uma afronta à concorrência.

Vale aqui trazer, também, a diferenciação dos conceitos de oligopólio e monopólio, que são consequências da concentração. Para Ana Maria de Oliveira Nusdeo

o oligopólio se caracteriza pela existência de um número reduzido de produtores num determinado mercado relevante, ou ainda, pela atuação de um número reduzido de produtores de grande porte, coexistindo com concorrentes bem menores, sem condições de alterar as condições do mercado (NUSDEO, 2002, p. 35).

Já o monopólio

se caracteriza pela existência de uma única empresa apta a satisfazer a demanda do mercado por determinado produto, sem a ameaça de entrada no mercado de qualquer outro agente para concorrer com o monopolista (...). Para efeitos da aplicação da lei antitruste, porém, considera-se monopolizado o mercado que tem uma empresa dominante e outras concorrentes comparativamente pequenas, que não têm condições de enfrentar a monopolista. Esta última, assim, age de forma independente e indiferente com relação às demais (NUSDEO, 2002, p.38).

Ressalta-se que um mercado oligopolizado pode ser competitivo. Todavia, a existência de poucos concorrentes pode criar oportunidade para práticas anticompetitivas como a formação de cartéis, por exemplo, que, quando bem sucedidos, criam efeitos de monopolização. Além disso, um mercado altamente oligopolizado pode estabelecer o que se chama de *comportamento interdependente* através do qual

os agentes restringem sua produção a fim de chegar a um preço de mercado próximo ao que seria fixado por um monopolista. Cada concorrente sabe que é mais vantajoso acompanhar os demais numa alta de preços do que desencadear

um corte geral dos mesmos, com prejuízo para todos. A conduta de cada um dos concorrentes leva em conta a dos demais, a partir de informações disponíveis ou sinalizações quase imperceptíveis a terceiros. Assim a decisão deles de aumentar o preço pressupõe que os demais irão entender seu interesse comum na alta e acompanhar o líder. A redução de preços, por sua vez, tende também a ser acompanhada (...).

O comportamento interdependente entre os concorrentes num mercado olipolizado é especialmente danoso quando intencional, vale dizer, na existência de um acordo, tácito ou explícito, entre os agentes (NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Defesa da Concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002, p 36).

Portanto, um mercado oligopolizado pode ser altamente perigoso, assim como o monopolizado.

Destaca-se que para alguns autores a concentração é considerada uma falha estrutural do mercado, já que a partir do liberalismo de Adam Smith passou-se a acreditar que o mercado se autorregularia, ou seja, imaginou-se uma estrutura que funcionasse com autonomia, sem intervenção. Todavia essa estrutura passou a não mais corresponder àquela idealizada, inibindo seus mecanismos autocontroladores.

Além disso, destaca-se que no caso dos monopólios tem-se os chamados *monopólios naturais*, que em suma, como bem elucida a professora Ana Nusdeo, derivam de situações fáticas em que a atividade na qual os custos de produção por uma só empresa são decrescentes na medida em que sua produção aumenta. Ou seja, a produção é tão cara que se fosse realizada por empresas, individualmente, num mercado competitivo, o preço final do produto ficaria absurdo a ponto de tornar-se inacessível ao consumidor, ante o alto custo da produção em pequena escala. Sendo assim, exigem produção em grande escala. É o caso, por exemplo, dos setores de infraestrutura. Esses mercados não comportam a concorrência e por isso a doutrina econômica busca paliativos para lidar com estas estruturas de mercado, como, por exemplo, a “nacionalização das empresas atuantes no setor e/ou a criação de órgãos reguladores” (NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle das concentrações de empresas. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 40/41).

Método

O presente trabalho compreendeu pesquisa puramente bibliográfica que nos permitiu entender a complexidade do instituto da concentração e suas particularidades. Através da análise

de doutrina e legislação conseguimos extrair os benefícios e malefícios de se permitir a concentração, e vimos que nem toda concentração acarreta em prejuízos ao direito antitruste, já que por vezes é necessário que haja operações concentracionistas para que um produto chegue ao mercado consumidor.

Além disso, a pesquisa bibliográfica nos permitiu abordar o contexto histórico de nascimento do direito de defesa da concorrência, mostrando sua evolução ao longo dos anos.

Resultados e discussões

1. Evolução do direito antitruste brasileiro

Não podemos falar em concorrência nos primeiros tempos do Brasil colônia. Vivíamos uma fase fiscalista, em que a Coroa Portuguesa preocupava-se apenas em impor à colônia o pagamento de impostos que assegurassem o abastecimento de seus cofres. O interesse pela colônia se restringia apenas à sua exploração, de modo a garantir o enriquecimento do colonizador, sufocando quaisquer tentativas de desenvolvimento industrial do Brasil. Tanto é que a Carta Régia de 1766, a fim de evitar a concorrência com os fabricantes portugueses, vedou as atividades dos ourives, a fabricação do mel e do vinho, e ainda a cultura de uvas. E assim sucederam outras legislações, salvaguardando a supremacia portuguesa no mercado, como o Alvará de 5 de janeiro de 1785, que proibiu o estabelecimento de fábricas e manufaturas de tecidos no Brasil, exceto daquelas que produzissem tecidos grosseiros que servissem para vestuário dos negros e empacotamento de fazendas e outros gêneros. Afinal, o que os colonos pretendiam era apenas explorar as riquezas da terra.

A transferência da coroa portuguesa e a vinda de João VI para o Brasil acabou, em parte, com a fase fiscalista, dando lugar ao incentivo do desenvolvimento econômico do Brasil. A abertura dos portos para as nações amigas foi uma das medidas adotadas na época. No entanto, como consequência dessa política houve a substituição do monopólio português para o monopólio estrangeiro, sendo a Inglaterra a nação mais privilegiada, já que as taxas aduaneiras cobradas desta nação eram 1% menores do que as cobradas de Portugal¹. A concorrência

¹ A viagem da corte portuguesa para o Brasil contou com o apoio da Inglaterra, já que esta nação era dona da maior armada do planeta. A corte portuguesa, a partir daí se tornou um instrumento nas mãos da Inglaterra. Por causa disso, as mercadorias britânicas tinham taxas aduaneiras menores para entrar no Brasil. Para se ter uma ideia, em 1810, um novo tratado estabeleceu que a Inglaterra pagaria apenas 15% de tarifas nas exportações para o Brasil, ou seja, 9% a menos que os cobrados de outros países. Eram, inclusive, 1% menores que as cobradas de Portugal.

predatória de produtos estrangeiros manufaturados inibiu a industrialização brasileira, prevalecendo o monopólio estrangeiro por todo o período Imperial.

A Constituição de 1934 foi a primeira a elevar a liberdade econômica ao nível constitucional. No entanto, delimitou e condicionou o seu exercício, já que garantia a liberdade econômica nos limites da justiça social e das necessidades da vida nacional de modo a possibilitar à todos existência digna².

Com a edição da Constituição de 1937 (Era Vargas), tentou-se implementar a defesa da concorrência, por meio da intervenção do Estado para “suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção, de modo a evitar ou resolver seus conflitos”. Além disso, normatizou-se a intervenção direta do Estado no mecanismo de mercado como forma de defesa da economia popular (BAGNOLI, Vicente. CORDOVIL, Leonor. CARVALHO, Vinícius M. ANDERS, Eduardo C. Nova lei de defesa da concorrência comentada: Lei 12.529 de novembro de 2011. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 18).

Em 1938 foi publicado o Decreto-lei nº 869 que, inspirado no modelo norte-americano, tutelou a economia popular e, conseqüentemente, o consumidor. Mais tarde foi editado o Decreto-lei nº 7.666/1945, conhecido como Lei Malaia, que deu enfoque aos atos contrários à ordem moral e econômica, estabelecendo a necessidade de autorização de um órgão administrativo – a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE) – para a realização de certos atos empresariais. Todavia, referido decreto foi revogado após a saída de Vargas.

A Constituição de 1946 revigorou, em seu artigo 148, a repressão ao abuso do poder econômico. Durante a vigência dessa constituição foram aprovadas duas leis, a Lei 1.521/1951, que, por sua vez, atualizava os dispositivos relativos aos crimes contra a economia popular, incluindo algumas disposições que se relacionavam à defesa da concorrência, e a Lei 4.137 de 1962, que regulamentou o art. 148 da Constituição e criou o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

2 A limitação imposta pela Constituição de 1934, segundo Paula Forgioni, explica-se pelo fenômeno de regulamentação da economia brasileira pelo governo federal, que se fez presente para minimizar os efeitos da grande crise de 1929, estendendo-se por toda a década de 30 (FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 96).

O marco de defesa da concorrência no direito brasileiro ocorre mesmo com a criação do CADE por meio da Lei nº 4.137 de 1962. Contudo, na sua fase inicial, a prática do direito antitruste não foi aplicada da maneira correta, pois o governo brasileiro daquela época priorizava uma política altamente intervencionista nas atividades do setor privado. Essa primeira fase é conhecida como a “era perdida”.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 houve uma tentativa de abertura dos mercados brasileiros e liberalização da economia, combinado com o afastamento das técnicas tradicionais de intervenção. Todavia, com um mercado complexo que se autorregulava revelou-se necessária a criação de um instrumento normativo que reprimisse os abusos de poder econômico. Sobreveio, então, a Lei 8.158/1991 que retomava a aplicação do direito antitruste, criando a Secretaria Nacional de Direito Econômico – SNDE, para apurar comportamentos e propor medidas às empresas, de forma garantir a livre concorrência. Como a lei 4.137/1962 não foi revogada, o CADE passou a atuar de forma vinculada à SNDE.

Em 1994 foi editada a lei 8.884, que deu ao CADE *status* de autarquia federal e instalou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, que, juntamente com a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, vinculada ao Ministério da Fazenda, e a Secretaria de Direito Econômico – SDE, vinculada ao Ministério da Justiça, compôs o chamado sistema de defesa da concorrência.

Em 2011, foi promulgada uma nova lei antitruste, que revogou a Lei 4.137/1962. Trata-se da Lei 12.529 que, do ponto de vista material, pouco alterou o diploma anterior, já que manteve os critérios de determinação da ilicitude das práticas empresariais. Esta é a principal norma concorrencial que hoje vige no Brasil, regulando as condutas e prevendo sanções para quem desrespeitá-la. A principal novidade desta legislação diz respeito à atuação do CADE no controle preventivo dos atos de concentração, como veremos mais abaixo.

2. Formas de concentração econômica

A concentração econômica pode ser definida, de forma sucinta, como aumento de riquezas em poucas mãos, de modo a existir um aumento de poder econômico de um ou mais agentes do mercado. Para chegar a essa conclusão – de que há o aumento de riquezas e poder em poucas mãos – são levados em conta a *influência dominante* e a *influência relevante do ponto de vista concorrencial*, como vimos acima. Sendo assim, no ramo do direito antitruste, como afirma Paula Forgioni, o termo concentração vem empregado para identificar as diversas situações que demonstram a aglutinação de poder ou de capacidade de alterar as condições de

mercado (FORGINI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 400).

Para Modesto Carvalhosa, a concentração econômica está intimamente ligada à existência de poder econômico, sendo que o poder econômico pode surgir da concentração empresarial, da expansão própria da empresa³ ou da cartelização de empresas⁴ (CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. Direito econômico. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 415/421). Nos ateremos apenas à concentração como forma de poderio econômico. Passemos à análise.

No Brasil, a Lei 12.259/2011, em seu art. 90, traz a definição de ato de concentração, elencando as hipóteses de negócios jurídicos que assim podem ser considerados. A lei faz menção a quatro formas de concentração: fusão (inciso I), aquisição (inciso II), incorporação (inciso III) e contratos associativos, de consórcio e de colaboração (inciso IV).

Na fusão haverá a união de duas ou mais sociedades para formar uma terceira sociedade, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações. Na fusão há a completa integração entre as empresas, sendo que estas deixam de existir, originando uma nova sociedade.

A aquisição, nos exatos termos do inciso II do art. 90 da Lei 12.529/2011, diz respeito às operações mediante as quais uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas. Nota-se que na aquisição a sociedade adquirida não desaparece, apenas o seu quadro societário é modificado. Como bem observou Eduardo Caminati Anders em sua cooperação em obra coletiva

Tal como nos demais incisos do art. 90, a premissa que deve ser observada para a sua correta aplicação é a da prévia independência dos grupos econômicos participantes do pretendido negócio jurídico.

³ Neste caso, partindo de uma posição concorrencial, a empresa chega ao término de um determinado processo de desenvolvimento próprio que acaba alcançando uma “posição que lhe permite agir concorrencialmente ou não concorrencialmente”

⁴ Formação de cartéis – acordos entre empresas para combinar preços e condições de mercado.

Portanto, o inciso II não trata de aquisição a ser realizada *interna corporis* (BAGNOLI, Vicente. CORDOVIL, Leonor. CARVALHO, Vinícius M. ANDERS, Eduardo C. Nova lei de defesa da concorrência comentada: Lei 12.529 de novembro de 2011. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 204).

A incorporação, por seu turno, é a operação pela qual uma sociedade absorve outra, a qual a sucede em todos os direitos e obrigações. A sociedade absorvida desaparece, e todas as obrigações da incorporada passarão para a incorporadora.

Por fim, temos os contratos associativos, de consórcio ou de colaboração, que embora não demandem uma mudança no quadro societário das sociedades envolvidas, geram a comunhão de interesses. Os contratos associativos, segundo Eduardo Anders, proporcionam, em regra, o “compartilhamento de informações e/ou infraestrutura” de modo que uma sociedade pode acabar interferindo na outra, tanto em seu mercado de atuação, quanto no seu comportamento com terceiros. Já o consórcio está previsto na lei das sociedades por ações e se trata da comunhão de interesses e de atividades voltadas a objetivos empresariais determinados (BAGNOLI, Vicente. CORDOVIL, Leonor. CARVALHO, Vinícius M. ANDERS, Eduardo C. Nova lei de defesa da concorrência comentada: Lei 12.529 de novembro de 2011. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 204). A *joint venture*, por sua vez, é definida em precedente do CADE

Joint Venture é formada quando uma nova empresa ou negócio é criado por um conjunto de duas ou mais empresas para realizar objetivos estabelecidos em sua razão social. O que caracteriza a *joint venture* é o controle compartilhado para alcançar objetivos comuns⁵.

Calixto afirma que, em relação aos contratos associativos, consórcios ou *joint venture*, não seria possível determinar, a priori, por suas “estruturas limítrofes”, se seriam atos cooperativos ou concentracionistas, sendo necessário determinar, inicialmente, qual o caráter dessas relações empresariais por meio de uma análise dos “objetivos econômicos” e da “dependência econômica” gerada (SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo, Malheiros, 2013, p. 320).

⁵ Essa definição foi extraída do voto do Conselheiro Relator, Dr. Luiz Carlos Delorme Prado, no julgamento do ato de concentração 08012.00244/2004-03, em que são partes: Líder Táxi Aéreo S.A. – Air Brasil e Helicópteros do Brasil S.A., julgado em 15 de dezembro de 2004, p. 7-8.

Apresentadas as espécies de concentração passemos a análise de como essas operações podem servir de suporte para práticas anticompetitivas.

3. Concentração: uma prática antitruste?

A concentração é considerada por alguns autores como uma falha de mercado. O mercado competitivo seria aquele pulverizado, em que há atomização, ou seja, em que há diversos concorrentes em um mesmo setor, de modo a competirem pelos clientes. A concentração torna o mercado mais centralizado em algumas empresas ou até mesmo em uma só.

Antes de mais nada urge esclarecer duas coisas: a concentração, a depender do caso, é até benéfica para a economia, como veremos mais abaixo, e não se trata de algo ilícito, pelo contrário, a própria lei prevê operações que ocasionam o agrupamento de empresas, como as operações de incorporação, aquisição, fusão e contratos colaborativos, associativos e consórcio, ou seja, é algo permitido por lei.

Mas como a concentração pode ser utilizada de modo a burlar o direito concorrencial? É o que nos propomos a responder.

Primeiramente ressalta-se, que são várias as razões que podem influenciar o agente econômico a realizar atos de concentração. Paula Forgini aponta algumas razões. Segundo a autora (i) a operação de concentração pode ter por finalidade o “arrefecimento” da concorrência, ou seja, a operação de concentração pode visar a neutralização do concorrente de modo a reforçar a confortável posição monopolística; (ii) a operação de concentração pode facilitar as economias de escala e o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis, como sistemas de distribuição; (iii) a empresa adquirente pode visar não o controle do outro agente econômico, mas pessoal especializado, patentes, direitos de propriedade intelectual e outros privilégios; (iv) a concentração pode viabilizar a entrada do agente comprador em um novo mercado; (v) pode preservar a continuação de suas atividades, no caso de empresário que está encerrando sua vida profissional; e (vi) mediante a operação de concentração ganhos ou economias tributárias acabam viabilizadas. Porém, nada obsta também que o negócio seja apenas uma opção de investimento de capital, estratégia empresarial ou até mesmo a diversificação com a finalidade de diminuir os riscos da atividade, ampliando o leque de mercados em que o agente econômico atua (FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 404-407).

Dentre todas as razões acima apontadas a única que se denota claramente prejudicial é a primeira, que expressa a intenção monopolística da operação. No entanto, embora a intenção/razão seja a melhor, os efeitos que concentração produz no mercado por vezes é negativo. Isso porque, a concentração tende a criar oligopólios, quando não cria monopólios. Uma vez que o mercado está oligopolizado ou monopolizado, as consequências são inúmeras, mas vale ressaltar as seguintes: o aumento dos preços; a destinação do faturamento extra obtido pelo oligopolista ou monopolista em algo que o manterá na sua posição no mercado; as barreiras na entrada de concorrentes; e, por fim a desigualdade na distribuição da renda social.

Em relação às economias de escala citadas como uma das razões da concentração, vale observar o seguinte: o seu propósito não é de extinguir a concorrência. Segundo Fábio Nusdeo

A economia de escala decorre das chamadas invisibilidades técnicas, ou seja, a impossibilidade ou a inviabilidade econômica de se produzirem equipamentos para serem aplicados apenas a número reduzido de peças ou unidades. Assim, ou eles comportam uma produção em grande série ou, pura e simplesmente, não são adotados (NUSDEO, 2015, p. 122).

Para o autor as economias de escalas resultam do intenso processo de “tecnificação” crescente da atividade produtiva, iniciada pós-revolução industrial. Visa a redução acentuada do custo unitário de produção de um bem, e em alguns casos, contribui para que o bem chegue ao mercado, à medida em que se aumenta o volume produzido. Olhando por esse prisma, as economias de escalas nos parecem algo positivo, pois reduzindo o custo unitário do produto final, quando este chegar ao mercado terá preço mais acessível aos consumidores. No entanto, ressalta o autor, com o acelerar da revolução industrial algumas “unidades” obtiveram mais “vantagens de redução de custos pelo aproveitamento das economias de escala”, o que implicou em elevação significativa do volume de produção e de vendas, e, conseqüentemente, a redução do volume produzido e vendido pelas demais, que acabaram sendo “expelidas do mercado” por não poderem mais concorrer com os preços e qualidade dos produtos das unidades que adotaram as economias de escala. Sendo assim, foram gradativamente tornando o mercado cada vez mais oligopolizado, e, em alguns casos, monopolizado.

As economias de escala tiveram como decorrência a criação de empresas gigantes, que concentram todo o processo produtivo, sufocando as menores de forma a criar oligopólios ou até mesmo monopólios. Quanto mais oligopolizado o mercado, mais barreiras à entrada de novos concorrentes, sendo que quanto mais se aproxima da monopolização, maior o poder da unidade

de impor preços altos pelos seus produtos, apropriando-se de uma parcela significativa da renda do consumidor.

A preocupação na formação de estruturas que concentrem o poder de mercado encontra amparo na teoria microeconômica, que, baseada nos estudos da racionalidade econômica e do comportamento dos agentes no mercado, afirma ser possível presumir que uma posição de excessiva concentração de poder tenderá a ser utilizada de forma abusiva. Não faremos aqui uma análise detida da microeconomia, pois exige pesquisa exclusiva, dada sua complexidade.

A realização de atos concentracionistas pode trazer tanto prejuízos como benefícios para a sociedade. A doutrinadora Paula Forgioni afirma que

A centralização do capital nas mãos de poucos agentes econômicos faz com que se possa atingir resultados que, em princípio, não seriam viabilizados (ou seriam muito mais lentos) caso o mesmo capital permanecesse pulverizado. Os fundamentos do antitruste. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 407-408).

Nesse sentido a concentração econômica seria capaz de trazer mais eficiência ao mercado, já que propiciaria inovação, desenvolvimento tecnológico e benefícios para os consumidores, pois fomentaria as economias de escala, proporcionando às empresas o aproveitamento de “sinergias” em benefício da sociedade (FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 407-408).

Em oposição a tal posicionamento temos o pensamento de Ana Maria de Oliveira Nusdeo, que acredita ser a eficiência do mercado “subjacente” à concepção de mercado competitivo, ou seja, quanto menor a centralização/concentração, mais competição e mais eficiência. Segundo a autora, os produtores tendem a produzir os bens mais desejados pela sociedade e cuja oferta ainda não satisfaz a procura – o que indica que a produção é insuficiente é o preço do produto que tende a ser mais alto quando a oferta é menor do que a procura. Por visarem o lucro procuram elevar seus ganhos valendo-se de técnicas mais econômicas de produção, fazendo o melhor uso de recursos escassos e permitindo a comercialização dos bens por melhores preços. Esse pensamento é pautado na teoria da “Mão Invisível” de Adam Smith em que os “preços” fornecem a informação necessária à ação dos produtores no sentido do aumento da produção dos bens mais valorizados pelo consumidor, alternativamente a outros bens, e pelos processos produtivos mais eficientes, promovendo a melhor alocação dos recursos escassos no mercado (NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 180).

Nota-se que a noção de eficiência pode variar muito. Não há certo ou errado nas considerações, trata-se de posicionamentos diferentes que podem ser aplicados, mas para tanto devem ser sopesados ajustando-se ao caso concreto.

Além da questão da eficiência, Paula Forgioni, citando Fernando Conesa, enumera outros benefícios da concentração: (i) no tange à organização interna do agente econômico, a concentração pode possibilitar o desenvolvimento técnico do processo produtivo, reduzir os gastos e custos fixos e diminuir consideravelmente as possibilidades de perdas no processo de produção, além de reduzir o risco com a obtenção de capitais líquidos; (ii) no tocante à posição da empresa no mercado, em caso de concentrações horizontais há um fortalecimento do agente econômico, o que facilita na obtenção de crédito, atrai mão de obra qualificada, etc., e, nas concentrações verticais, há o aumento da segurança de escoamento da produção, controle das fontes de matéria-prima e possibilidade de prática de preço final inferior; e, por fim, (iii) a intensificação do poder da empresa em relação ao Estado (FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 408-410).

Mas como já mencionado a concentração de empresas não traz apenas vantagens. O processo de concentração, como elucida Forgioni, pode “trazer comprometimento do normal funcionamento do mercado, prestando-se a reunir o poder econômico em mãos de poucos agentes”. Isso é um perigo, pois após a criação de um monopólio o monopolista acaba abusando de sua posição para prejudicar a concorrência. Temos na história exemplos dos prejuízos causados pela concentração desenfreada, como nos Estados Unidos em que os “trusts” tomaram tamanha proporção a ponto de ser necessário criar leis para reprimirem o abuso de poder e o crescimento exagerado de uma só empresa a ponto de essa exercer o monopólio do mercado, como é o caso da lei Sherman (Sherman Act) de 1890.

O Estado brasileiro, por meio da regulação, busca a proteção à concorrência, coibindo a excessiva concentração dos mercados, já que esta poderia levar à inviabilização das condições de concorrência e, assim, do próprio regime de mercado. Embora a concentração também traga benefícios, a preocupação do Estado na formação de estruturas que concentrem o poder de mercado se deve ao fato de ser possível presumir que uma posição de excessiva concentração de poder tenderá a ser utilizada de forma abusiva, prejudicial à própria dinâmica do mercado. A lei brasileira que trata do assunto, qual seja, lei 12.529/2011, no seu art. 1º estabelece como sua finalidade a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Pois bem, o instituto da concentração é tema complexo que comporta muita discussão. O posicionamento doutrinário em diversos sentidos faz com que os aplicadores das leis antitrustes

tenham um intrincado trabalho hermenêutico. Por vezes é necessário que haja a concentração para que uma empresa possa se estabelecer no mercado, concorrendo efetivamente com outras ou até mesmo para que um produto chegue ao mercado. Outras vezes a concentração acaba por gerar monopólios ou oligopólios. Por isso é necessário uma ponderação para que se tome a correta decisão ao se deparar com um ato de concentração.

Conclusão

Ao mesmo tempo que a concentração se coloca como algo útil e até mesmo necessário para o mercado ante a sua indispensabilidade para o progresso, é também causadora de instabilidade do próprio sistema econômico, uma vez que pode surgir daí o abuso do poder econômico. Por essa razão, para afirmar se a concentração é uma prática antitruste é necessário analisar detidamente o caso concreto, pois essa conclusão dependerá de diversos fatores, dentre os quais os efeitos que ela causa no mercado, principalmente, no mercado consumidor. O que se pode afirmar é que o instituto da concentração, considerado em si mesmo, não é uma prática anticoncorrencial. Mas é necessário cautela para que não se permita uma operação prejudicial, afinal a livre concorrência é um princípio constitucionalmente tutelado.

Portanto, faz-se mister um controle eficiente e estritamente técnico de atos de concentração, até porque, os atos tendentes ao monopólio causam prejuízos imensuráveis, principalmente para o consumidor.

Referências bibliográficas

ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; CARVALHO, Vinícius Marques. Nova lei de defesa da concorrência comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. 1ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

Arquivo Nacional. No tempo das fábricas: Alvará que proíbe as fábricas e manufaturas no Brasil. Disponível em <<http://www.historiacolonial.arquivonacional.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=978&sid=107>>. Acesso em 10 de dezembro 2015.

MARINGONI, Gilberto. A grande crise da Independência. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2864:catid=28&Itemid=23>. Acesso em 20 de dezembro de 2015.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fábio. Curso de Economia: introdução ao direito econômico. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 31^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Contato: thalytassantos@hotmail.com e renata.soares@mackenzie.br