

BREVES OBSERVAÇÕES SOBRE O COMPROMISSO DE DESEMPENHO.

Maurício de Moura Costa¹

De acordo com o artigo 58 da Lei 8884/94, “o Plenário do CADE definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no §1 do referido artigo”. O compromisso estabelecerá “metas qualitativas ou quantitativas” para a empresa, definidas levando-se em conta, dentre outras circunstâncias relevantes, “as alterações no nível de emprego”(art. 58, §1). Ora, dentre as condições estabelecidas no §1 do artigo 54, que o compromisso de desempenho visa assegurar, não consta a referência ao emprego ou à redução de seu índice, mesmo em razão do ato de concentração. A partir deste ângulo, a seguir analisaremos o conteúdo do compromisso de desempenho (2)que não pode estar em desacordo com a sua função (1).

1. A função do compromisso de desempenho.

O compromisso de desempenho é um ato que, quando aplicado, só intervém no final de um percurso decisional que começa com a notificação da operação ao CADE. Com efeito, os atos de concentração econômica que atinjam uma determinada dimensão devem ser apresentados (notificados) ao CADE para exame e aprovação (art. 54, §3). O objetivo desta obrigação é de proporcionar um controle preventivo sobre atos considerados como sendo potencialmente perigosos para a livre concorrência. O CADE só poderá aprovar a operação notificada se o ato preencher as condições previstas no §1 do artigo 54, ou seja, se do ato decorrerem eficiências de natureza econômica, se as vantagens obtidas forem repartidas com os usuários, se o ato não provocar mais restrições de

¹ O autor é Doutor em Direito (Universidade de Paris II), Mestre em Direito Econômico e Empresarial (Universidade de Paris II) e em Direito Comparado (Instituto de Direito Comparado de Paris) e advogado associado ao escritório Castro, Barros e Sobral Advogados.

concorrência do que o necessário para se obter as eficiências desejadas, e enfim, se não houver eliminação da concorrência.

Convém sublinhar que, mesmo a lei não dizendo expressamente, o CADE deve proceder à uma análise do impacto anticoncorrencial da operação, antes de analisar as eventuais condições de aprovação. Isto porque somente os atos anticoncorrenciais precisam de uma autorização para serem válidos, enquanto que a obrigação de notificação dos atos de concentração independe dos reais efeitos anticoncorrenciais. Ou seja, a obrigação de notificação resulta do §3 do artigo 54, e se aplica aos atos de concentração que atinjam uma determinada dimensão. Uma vez notificado o ato, o CADE deverá verificar se ele é realmente anticoncorrencial. Caso o ato notificado não apresente efeitos nocivos à concorrência, ou ainda, caso os efeitos pró-concorrenciais do ato superem os efeitos anticoncorrenciais, o CADE deverá arquivar o processo, sem maiores exigências, declarando que o ato notificado independe de autorização por não apresentar real perigo à concorrência.

Se, ao contrário, o ato notificado for considerado como efetivamente ou potencialmente anticoncorrencial, o CADE deverá verificar se as condições de aprovação estão atendidas. Não se trata aqui de analisar cada uma destas condições². Por ora é suficiente sublinhar que se trata de um “balanço econômico”, onde o CADE verificará se o ato apresenta benefícios para a economia suficientes para compensar os efeitos anticoncorrenciais da operação de concentração.

Caso a operação apresente um balanço negativo, ou seja, caso ela não atenda as condições estabelecidas no artigo 54, §1, o ato não poderá ser aprovado³. Se o ato já tiver sido realizado, o CADE “determinará as providências cabíveis no sentido de que (seja) desconstituído, total ou parcialmente”⁴.

² Pelo momento remetemos o leitor ao artigo de José Inácio G. Franceschini e Edgard Antonio Pereira, “As eficiências econômicas sob o prisma jurídico”, in *Revista de Direito Econômico*, n. 23, 1996, p. 25. Com relação à Lei 8158/91 ver Tércio S. Ferraz Jr., “A concentração econômica e fiscalização administrativa”, in *Revista de Direito Administrativo*, n. 193, 1993, p. 76 e ss.

³ Salvo se o artigo 54, §2 for aplicável.

⁴ A questão da desconstituição de uma operação de concentração econômica é uma das mais complexas do direito da concorrência. Ver notadamente as dificuldades enfrentadas pelo

Neste caso não há que se falar em compromisso de desempenho.

Se, ao contrário, a operação atender às condições do §1 do art. 54, ou seja, se apresentar um balanço econômico positivo, ela deve ser aprovada⁵. Uma vez aprovado o ato, o CADE definirá um compromisso de desempenho, “de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no §1” do art. 54.

Verifica-se assim que o compromisso de desempenho é um instrumento negociado entre o CADE e as empresas-parte da operação, após a aprovação desta. Seu objetivo é fazer com que as empresas cumpram as condições que permitiram a autorização de uma operação anticoncorrencial. Isto porque a análise da operação pelo CADE é feita a priori (mesmo que a notificação possa ser feita após a realização do ato), ou seja, antes que os efeitos (benéficos ou não) da operação possam ser verificados. A aprovação sendo feita a partir de conjecturas e previsões, o compromisso de desempenho visa a obrigar a empresa a se esforçar no sentido de atender as condições que permitiram a realização da operação. Como diz a lei, o objetivo do compromisso é de “assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no §1” do art. 54 (art. 58, caput). Não se trata de criar novas condições, mas unicamente de formalizar, em um compromisso, os objetivos de eficiência e as demais condições. Como observou Pedro Dutra, “o objetivo do compromisso de desempenho é de especializar as eficiências previstas em lei”⁶. O conteúdo do compromisso deve respeitar tal objetivo.

2. O conteúdo do compromisso de desempenho.

CADE no caso Rhodia/Sinasa (decisão AC n. 12/94, de 30.09.94, publicada na Revista do Ibrac, v. 2, n. 3) e no caso Gerdau (decisão AC n. 16/94 de 29.03.95, publicada na Revista do Ibrac, v. 3, n. 1), ou ainda a complexidade da decisão Kolynos (AC n. 27/95, de 18.09.96, publicada na Revista do Ibrac v. 3, n. 10).

⁵ A lei diz, na realidade, que o CADE “pode” aprovar a operação. Entendemos, contudo, que o CADE deve aprovar o ato. Neste sentido Pedro Dutra observa que “se o órgão julgador constatar que as eficiências estão presentes e expressas, não pode desaprovar o ato - tem de aprová-lo” (“A concentração do poder econômico”, in *Revista de Direito Econômico*, n. 23, 1996, p. 118). Tal é igualmente a opinião de José Inácio G. Franceschini e Edgard Antonio Pereira, “As eficiências econômicas sob o prisma jurídico”, art. précitado, p. 36. Ao nosso conhecimento, não há opinião em contrário.

⁶ “A concentração do poder econômico”, art. précit., p. 118.

Como visto, o objetivo do compromisso de cessação é de assegurar o cumprimento das condições que permitiram a aprovação da operação. Seu conteúdo deve, conseqüentemente, estar em harmonia com seus objetivos. A lei estabelece assim que o compromisso de cessação deve conter “metas qualitativas ou quantitativas em prazos pré-definidos” (art. 58, §2). Tais metas devem ser estabelecidas de tal maneira que os objetivos de eficiência (aumentar a produtividade, melhorar a qualidade dos bens ou serviços, ou ainda propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico) sejam obtidos, e que os benefícios decorrentes sejam distribuídos com os usuários. Quanto às duas outras condições (não eliminação da concorrência, e ausência de restrições de concorrência não indispensáveis), em princípio não haveria razão para que elas fossem formalizadas no compromisso. São condições que tocam à estrutura da operação, e não à sua implementação.

As “metas qualitativas e quantitativas”, ou, de uma maneira mais genérica, as obrigações que devem constar no compromisso, são assim estreitamente vinculadas às condições de aprovação. O compromisso de desempenho “serve para especializar as eficiências que estão no artigo 54, parágrafo 1o. Esta vinculação é inafastável”⁷. No entanto, o §1 do artigo 58 dispõe que “na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes”. Este dispositivo cria uma certa perplexidade, na medida em que a variação do nível de emprego é um elemento estranho às condições de aprovação do ato. Com efeito, a manutenção dos efetivos, ou mesmo a ausência de impacto social não são condições à aprovação da operação.

Convém lembrar que a antiga “Commission de la concurrence”, na França, era encarregada de elaborar um parecer sobre os atos de concentração econômica, fundado em um “balanço econômico-social” destas. Em outras palavras, o parecer seria favorável à autorização da concentração se esta proporcionasse vantagens econômicas e sociais suficientes para compensar os efeitos nocivos à concorrência. Tão logo o

⁷ Pedro Dutra, “A concentração do poder econômico”, art. précit. p. 118.

primeiro parecer foi publicado, as contradições de um balanço estabelecido ao mesmo tempo sob critérios econômicos e sociais foram denunciadas pelos especialistas, pois o que deveria ser considerado como um elemento positivo sob o ponto de vista social (a manutenção do emprego após a operação) era necessariamente um fator negativo na análise econômica da operação (o aumento da eficiência)⁸. A lei foi rapidamente modificada, de modo que a análise das operações de concentração é feita atualmente unicamente a partir de critérios econômicos, podendo o Ministro da Economia levar em conta os custos sociais da operação (“Ordonnance” francesa de 1986, art. 39 e seguintes).

Atento à tais dificuldades, o legislador brasileiro adotou, à exemplo do legislador francês, o sistema do balanço exclusivamente econômico. Ou seja, dentre as condições necessárias para a aprovação de um ato de concentração que tenha efeitos anticoncorrenciais não existe nenhuma referência à ausência de efeitos sociais negativos. Caso o balanço econômico seja positivo, o ato de concentração deve ser aprovado. O CADE não pode, assim, negar autorização a uma operação que tenha um balanço econômico positivo, mesmo que os impactos sociais negativos que resultem sejam importantes.

Assim, mesmo que o legislador brasileiro tenha se mostrado sensível ao problema do desemprego, declarando que, quando da definição do compromisso de desempenho, o CADE deve levar em conta, dentre outros fatores, “as alterações no nível de emprego”, a aprovação do ato não se subordina a tais considerações. Como já vimos, o compromisso de desempenho só intervém após a aprovação do ato, e para tal aprovação o CADE deve se limitar a verificar a presença das condições do art. 54, §1 (onde a questão do desemprego não é abordada).

Porém, mesmo que o impacto social da operação não deva ser considerado como um critério para a obtenção da aprovação, ele será levado em conta na definição do

⁸ Antoine Pirovano, “Progrès économique ou progrès social (ou les contradictions du droit de la concurrence)”, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1980, Ch., p. 145; Michel Glais et Philippe Laurent, “La commission de la concurrence et le contrôle de la concentration - premier avis” in *Gazette du Palais*, doctrine, 1979, p. 477, e ainda Michel Pédamon, “Le droit français de la concurrence et la crise”, in *Gazette du Palais*, 1985, doctrine, p. 543.

compromisso de desempenho das empresas, tal como determina a lei. Isto resulta em última análise da própria Constituição, que determina que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem “a busca do pleno emprego” como um de seus princípios (CF, art. 170, VIII). Assim, ao definir os termos do compromisso de desempenho, o CADE e as empresas-parte da operação deverão estar atentos às variações no nível de desemprego. O CADE deve assim estabelecer, com as empresas, metas qualitativas ou quantitativas que não agravem os custos sociais da operação, e eventualmente compromissos que visem à atenuar tais custos. Isto não significa que o CADE possa subordinar a autorização da operação à ausência de custos sociais, impedir que a empresa dispense seus funcionários, ou mesmo considerar o impacto social da operação como um critério para a sua aprovação (ou não aprovação).

Assim, se o CADE pode pedir à empresa que assuma compromissos com o objetivo de atenuar os custos sociais da operação⁹, isto não pode se tornar uma condição para a aprovação do ato. E inversamente, a aprovação do ato não pode ser transformada em um meio de pressão para se obter da empresa compromissos sociais. Deve-se assim ficar atento para que o impacto social da operação não seja transformado em um dos critérios para a sua aprovação, instaurando-se um sistema de “balanço econômico e social” que o legislador conscientemente escolheu não adotar.

⁹ Por exemplo, recentemente o CADE condicionou a autorização da compra da Pains pelo grupo Gerdau à adoção por esta de um programa de requalificação profissional e recolocação para todos os trabalhadores cuja perda do emprego esteja associada à operação. Além disto, o CADE assinou um protocolo com a Secretaria de Formação e Desenvolvimento Profissional do Ministério do Trabalho (Sefor), para obter desta uma colaboração técnica na definição e na implementação de tais programas.