

A CONCENTRAÇÃO DO PODER ECONÔMICO E A FUNÇÃO PREVENTIVA DO CADE

Pedro Dutra

Poder Econômico: conquista, uso e abuso - CADE: função preventiva e função repressiva - Efeitos do ato de concentração: projeção; planos do mercado concorrencial - Índices de jurisdição: expressão de mercado e porte econômico - Concentração do poder econômico em um mesmo mercado: com ou sem adição de frações de mercado. CADE: jurisdição; efeitos irradiados sobre o mercado brasileiro.

A empresa X atua no mercado de serviços de *** na Europa, onde tem sede, nos Estados Unidos e em alguns países da Ásia, porém não opera no mercado brasileiro e tampouco no mercado criado no âmbito do Mercosul. Exibindo um faturamento bruto anual superior a dez bilhões de dólares, pretende formar uma *joint-venture* com a empresa Y, que atua também no mercado de serviços de ***, mas exclusivamente no Brasil, na região ***, da qual detém cerca de 50% (cinquenta por cento) da fração do respectivo mercado relevante, com um faturamento anual superior a 1,0 bilhão de reais.

Nos termos da *joint-venture*, 50% (cinquenta por cento) das ações ordinárias do capital social da empresa Y serão adquiridas pela empresa X.

Consulta-me a empresa X se a regra do art. 54, da Lei nº 8.884/94, incide sobre os efeitos a decorrer de ato jurídico de integração no qual essa empresa irá figurar.

I – DO DIREITO

1. A livre-concorrência é um dos princípios constitucionais a reger a ordem econômica do país (art. 170, IV) e por essa razão entendeu o legislador protegê-la, por meio de Lei específica. (art. 174, § 4º, também da Carta Federal).

A proteção à livre-concorrência tem por objeto a prevenção e a repressão ao abuso do poder econômico,¹ que empresas exerçam ou possam eventualmente exercer em sua atuação nos mercados onde ofertem ou procurem bens e serviços.

A Lei brasileira que especificamente trata do abuso do poder econômico é de nº 8.884/94; seguindo a experiência centenária norte-americana, também absorvida pela norma européia, estruturou a defesa da livre concorrência a partir da **a**) repressão às infrações à ordem concorrencial e do **b**) controle dos efeitos da concentração do

¹ É claro o comando do art. 174, § 4º da Constituição Federal: “A Lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.” (grifo). Note-se que o abuso é *do* poder econômico, pois, em mercados concorrenciais, o poder será sempre determinado e, portanto, identificado.

poder econômico que resultem de atos jurídicos de integração empresarial.

2. Embora distintos quanto aos seus planos objetivos, a infração à ordem concorrencial e o controle dos efeitos da concentração do poder econômico nela projetados – artigos 20 e 21, e 54, respectivamente, da Lei citada – defluem ambos de uma mesma fonte: o poder econômico da empresa e o seu uso, efetivo ou potencial, nos mercados relevantes de bens e serviços.

Ordinariamente conquista poder a empresa que cresce por seus próprios meios, lisamente disputando com as demais; ou seja, por meio do crescimento interno da empresa – *internal growth*² – forma consagrada de celebração dos efeitos salutares da livre concorrência, pois traduz a justa retribuição a uma empresa competitiva, atuante em um mercado aberto.

Ao contrário, o crescimento extraordinário. Nesse, em razão de ato jurídico de integração – aquisição, fusão, cisão, *joint-ventures*, contratos de fornecimento, de prestação de serviços de longa duração, ou por qualquer outra forma – o poder econômico de uma empresa à outra se transfere. Numa palavra, centros de poder econômico, antes independentes,³ por força de um ato jurídico de

² A expressão, popularizada por BORK, foi empregada ao início da década de 1950 pela Federal Trade Commission.

³ A independência aqui referida é a ausência de vínculos quaisquer, como, por exemplo, contratuais, e não apenas de natureza acionária.

integração empresarial, *concentram-se*, formando um único, em mãos de uma determinada empresa.

Não resultando do livre jogo da concorrência, o poder econômico conquistado por meio de ato jurídico de integração empresarial em princípio refoge à ordem concorrencial, e por essa razão quer a Lei examinar-lhe os efeitos.

Em si, o poder econômico é, e deve ser, desejado por toda e qualquer empresa que comença. A Constituição Federal e a Lei ordinária reprimem e previnem apenas o seu exercício *abusivo*, nas diversas formas em que ele se expresse. A Lei nº 8.884/94 nomeia vários tipos de condutas infrativas à ordem concorrencial – art. 21 – tendo elas à base, necessariamente, o abuso do poder econômico exercido pelo infrator, como se tem disposto no art. 20, da mesma Lei.

Abuso é o uso que se perverteu. É o uso de um em detrimento de outro. Abusa do seu poder uma empresa quando o emprega em seu benefício exclusivo, à custa de outra, ou de outras empresas. Os exemplos de infração referidos no art. 21 acima citado têm, todos, em sua raiz, o poder econômico de determinada empresa abusivamente exercido, porque só empresa que disponha de tal poder poderá agir independentemente da ação das demais, e assim impor ao mercado sua conduta.

As violações à ordem concorrencial objetivam-se na conduta da empresa infrativa em um dado mercado relevante - por vezes em mais de um - e são assim perceptíveis, pois seus efeitos ou são

imediatamente sentidos ou não demoram por materializar-se. Ao abuso do poder econômico, em qualquer de suas formas, dirige-se o poder-dever de reprimi-lo, conferido em Lei ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. (arts. 1º, e 7º, inciso II).

E a esse mesmo órgão de defesa da concorrência, é também conferido o poder-dever de prevenir abusos do poder econômico, dizendo a Lei que tal função há de ser exercida, em forma prescrita e exclusivamente pelo CADE⁴, toda vez que ocorrer uma soma do

⁴ Assim decisão do CADE, negando expressamente capacidade ao Secretário de Direito Econômico de sugerir arquivamento, em feitos relativos a ato de concentração: “Às fls. 616 usque 632, o R. Despacho de 30 de novembro de 1995, da Dra. Rosângela Mara O. Onofre, Técnica do Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, sugeriu o encaminhamento do Processo ao CADE, com proposta de arquivamento. Aprovada a sugestão pelo Diretor substituto, do DPDE, foram os autos remetidos ao ilustre Secretário de Direito Econômico para apreciação. Este, porém, exorbitou de suas atribuições, no momento em que, à fl. 633, além de aprovar o referido Despacho - para o que era competente - determinou o arquivamento do processo e seu encaminhamento ao CADE, para providenciar. Providenciar o quê? O arquivamento? Para melhor compreensão, transcrevo o aludido despacho, in verbis: “Na forma do despacho supra. Arquive-se. Ao CADE para providenciar.[ass.] Aurélio Wander Chaves Bastos/Secretário de Direito Econômico.” (...)

“É verdade que, ao ser publicado o Despacho no Diário Oficial da União (...) o equívoco foi corrigido (...): “...determino o encaminhamento dos autos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, com proposta de arquivamento, visto que o ato realizado não se inclui entre aqueles que o artigo 54, da Lei n. 8.884/94, visa [sic] reprimir.”

(...) Não posso concordar, portanto, com o primeiro Despacho do ilustre Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça (fl. 633), que determinou o arquivamento do processo, ante a alegada ausência simultânea dos dois pressupostos para o exame do ato, pelo CADE, contidos no dispositivo acima transcrito. A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, nos atos de concentração, atua apenas no exame, que equivale à instrução do processo, a teor da norma contida no art. 54, §§ 4º e 6º, da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Ao CADE, sim, compete a apreciação, o julgamento, do ato, aprovando-o ou determinando o seu desfazimento, **ex vi**

poder econômico de duas ou mais empresas antes independentes, resultante de um ato jurídico de integração e cujos elementos externos são medidos em índices relativos ao mercado relevante em causa ou ao porte econômico dos figurantes do ato jurídico. (arts. 7º, inciso XII, e 54, § 3º).

3. A Lei brasileira, artigo 54, refere, em forma elíptica, *ato de concentração*; entenda-se, todavia: ato jurídico que importe na concentração do poder econômico de duas ou mais empresas, antes independentes. Desprezada a forma do ato jurídico de integração empresarial – aquisição, cisão, fusão, *joint-venture*, contratos de longa duração, etc. – interessa ao controle preventivo do CADE os efeitos a irradiar, ou já irradiados,⁵ desse ato sobre o mercado concorrencial.

Esse o entendimento do CADE, recentemente reafirmado:

“No caput do art. 54, a Lei estipula que deverão ser submetidos à apreciação do Conselho os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. O exame dos atos de concentração econômica visa assim a prevenir os seus

o **caput** do referido art. 54.” “In Ato de Concentração nº 28/95 - 19 de junho de 1996 - Conselheiro **Rodrigues Chaves.**”

efeitos anticoncorrenciais potenciais quando identificados”.
(AC nº 30/96. Conselheiro **Paulo Dyrceu Pinheiro**, Relator
– Voto).

Os efeitos da concentração do poder econômico, ou do ato de concentração, conforme a linguagem da Lei, não se projetam sobre todo mercado concorrencial, mas especialmente sobre mercado(s) relevante(s), de bens ou serviços, afetado(s) pelas empresas que irão concentrar seu poder econômico. Essa concentração vestirá a empresa *concentrada* com mais poder, reforçando-lhe a posição em seu respectivo mercado relevante, e, em alguns casos, em mercados relevantes próximos ou conexos ao que atua diretamente.

Daí dizer a Lei 8.884/94, no *caput* de seu artigo 54, sucessivamente, *mercados relevantes* e *posição dominante*, para considerar os dois planos do mercado concorrencial aos quais os efeitos do poder econômico concentrado se dirigem e aos quais os índices de jurisdição do §3, do artigo 54, se referem: o(s) mercado(s) relevante(s) em causa, e a posição da empresa *concentrada* no mercado concorrencial, em qualquer de seus planos.

A afastar-se, portanto, a meu juízo, a interpretação redutora que veja a incidência da regra do artigo 54, da Lei citada, exclusivamente a partir do alcance do índice de jurisdição que refere os efeitos da concentração do poder econômico projetados

⁵ A irradiar, se a submissão do ato de concentração ao CADE se der previamente à sua plena eficácia. Irradiados, se a submissão ao CADE ocorrer já produzindo o ato de concentração, plenamente, todos os seus efeitos.(art. 54, § 9º).

sobre um mesmo mercado e que, por essa forma, resulta na soma de frações desse mercado⁶, qual seja, a hipótese, por elipse dita, de concentração horizontal⁷.

A regra geral do citado artigo 54, contida em seu *caput*, visa prevenir que os efeitos da concentração do poder econômico que se projetem sobre *o mercado concorrencial* nele possam, por alguma forma, eliminar ou restringir a livre-concorrência. Especificamente, previne os efeitos projetados sobre *quaisquer mercados relevantes* de bens ou serviços, para evitar que empresa, a deter o poder econômico concentrado, domine um ou mais de um desses mercados, a ponto de poder regulá-los arbitrariamente, inclusive para neles impedir ou dificultar a entrada de novos concorrentes.

Por essa razão, previu o legislador, e não só o brasileiro, índice de jurisdição para medir também o porte econômico das empresas, figurantes em atos jurídicos de integração, a incidir alternativamente ao índice a medir a concentração do poder econômico cujos efeitos se projetem em um mesmo mercado relevante. Nesse sentido o comando do §3, do citado artigo 54, fixa o índice de jurisdição - R\$ 400.000.000,00 de faturamento bruto

⁶ “...concentração econômica (...) resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante...” (§3, parte do artigo 54).

⁷ A distinção da concentração do poder econômico em *horizontal*, *vertical* e de *conglomerado* serve antes a propósitos metodológicos; esses são os planos sobre os quais os efeitos da concentração do poder econômico se projetam, no âmbito do mercado concorrencial. Historicamente, varia o número dessas *formas* de projeção dos efeitos da concentração de poder econômico sobre o mercado concorrencial; e conseqüentemente a análise delas e as respectivas posições doutrinárias; é certo, contudo, que a *forma* horizontal apresenta-se, sempre, em número superior às demais.

anual - para aferir o porte econômico de empresa figurante em ato jurídico de integração, ao lado do índice de jurisdição relativo aos 20% de fração de um mesmo mercado relevante.

Ao estabelecer índice capaz de medir o porte econômico de empresas, quis o legislador trazer ao exame, exclusivo e compulsório, do CADE, todos os efeitos da concentração do poder econômico, projetados sobre qualquer dos planos do mercado concorrencial, a fim de não apenas tratar desses efeitos quando eles se projetam em um mesmo mercado relevante, isto é, no plano horizontal.

Nessa linha, o entendimento recente do CADE, como se tem em voto do Conselheiro Leônidas Rangel Xausa:

“O encaminhamento do ato à apreciação dos órgãos de defesa da concorrência deu-se em função do critério de faturamento.

Já decidiu o Plenário deste Colegiado, em sessão de 19.06.1996, ao apreciar o Ato de Concentração nº 28/95 que, - a teor do art. 54, parágrafo 3º da Lei nº 8.884/94 - são obrigatoriamente apreciados pelo CADE os Atos em que qualquer dos participantes, ainda que no exterior, detenha faturamento superior a R\$ 400 milhões.”⁸

⁸ In Ato de Concentração nº 49/95.

Note-se, ainda, que a hipótese da projeção dos efeitos da concentração do poder econômico projetados sobre um mesmo mercado relevante - por elipse dita concentração horizontal - pode ocorrer inclusive sem resultar na soma de frações desse mercado. Faz exemplo o caso em questão: a empresa **X**, embora preste o mesmo serviço relevante prestado pela empresa **Y**, não detém fração no mercado relevante no Brasil, onde esta atua; mas ingressará no mercado relevante brasileiro, integrando seu poder econômico ao da empresa **Y**. Portanto, sobre o mercado relevante brasileiro serão projetados os efeitos da concentração do poder econômico de ambas as empresas, em razão da celebração da *joint-venture*. Ou seja, haverá concentração do poder econômico no mercado relevante de serviços de ***, mesmo nele não havendo soma de frações de mercado.

4. Não todos os efeitos determina a Lei ao CADE examinar, senão aqueles irradiados, ou a irradiar, de ato jurídico de integração de empresas, antes independentes, e que se projetem sobre um mesmo mercado relevante, resultando na soma de frações desse mercado igual ou superior ao índice de 20%. E, também, serão examinados os efeitos de atos jurídicos de integração de empresas os quais um dos figurantes exiba faturamento anual equivalente ou superior ao índice de R\$ 400.000.000,00⁹.

⁹ Em palestra proferida no Plenário do CADE, a esse propósito observávamos: “Os índices previstos no § 3º, do artigo 54, – 20% do mercado relevante ou 400 milhões de reais - são exclusivamente índices de jurisdição,

Ou seja, são tais índices, *índices de jurisdição*, a alertar o interesse do órgão julgador e a deflagrar-lhe a atuação, e servem para fixar a linha a determinar o exercício da função preventiva do órgão de defesa da concorrência.

A atual ou potencial nocividade dos efeitos da concentração do poder econômico, sobre o mercado concorrencial, só será determinada, e de forma exclusiva, pela avaliação promovida pelo CADE, pois a ele cabe, fixar, no caso dado, o nível de concentração do poder econômico que entender nocivo à ordem concorrencial.¹⁰ Assim, não está preso o CADE, ou o intérprete, à (má) sugestão presuntiva contida na parte inicial da rubrica legal ora citada.¹¹

nada mais. Vale dizer, o legislador quer que o CADE conheça os atos cuja expressão de mercado, ou monetária, de seus celebrantes, ou de um deles, ultrapassem esses umbrais. Assim, irão eles ao controle do órgão de defesa da concorrência porque há uma expectativa que essa possa vir a ser ofendida. (...) 20% é um número aleatório, é uma questão de grau que se liga – ou deveria ligar-se – à concentração geral da economia. 400 milhões de reais são 400 milhões de faturamento, faturamento bruto da empresa e não por linha de produto ou serviço. (...) A idéia do legislador brasileiro, e de todos os legisladores, é estabelecer uma referência que meça o porte econômico da empresa. O que cuida a norma é do porte econômico, (...) do poder econômico...” “A Concentração do Poder Econômico: Aspectos Jurídicos do art. 54, da Lei 8.884/94. in Revista do Ibrac, Vol.3, nº 8, agosto 1996, p. 14.”

¹⁰ Par.3º;, do inciso IV, *fine* do artigo 20 da Lei citada.

¹¹ Assim comentamos esse ponto, em oportunidade anterior: “...a devida concentração do poder será aquela necessária à competitividade da indústria, desde que não importe significativa restrição à concorrência. Então (...) pode-se aceitar esse dispositivo legal que diz que 20% de participação em um determinado mercado relevante presume concentração? Que presunção é essa? Qual o dado de experiência que tomou o legislador nacional para estabelecê-la? A que serve portanto essa presunção? Nós que conhecemos a trajetória da Lei sabemos que isso aí foi posto como uma tentativa ideológica de punir grandes grupos, o que é um contra-senso, pois quem tem a tarefa de fiscalizar o mercado concorrencial é o CADE e não um legislador ideológico. Então, essa presunção carece de valor, de fundamento e é para não ser lida, até porque o Parágrafo 3º em seu final diz, em boa hora, que o CADE poderá alterar esse percentual. Ora, é o

5. No caso ora analisado, as duas empresas, sendo que uma delas operando no Brasil, exibem faturamento superior ao índice fixado em Lei, o que, a meu juízo, basta a mover o CADE ao exame dos efeitos do ato jurídico de *joint-venture*. E, se desse ato jurídico de integração do poder econômico das duas empresas não resulta uma soma de frações no mercado relevante de serviços de ***, na região ***, deve-se, porém, ter em conta, como acima dito, que a empresa **X** somará seu poder econômico ao da empresa **Y** nesse mesmo mercado. Portanto, os efeitos dessa concentração, ainda que sem a adição de frações desse mercado, irão nele projetar seus efeitos, sendo que dele, aliás, a empresa **Y** já detém fração superior a 50%. Pode-se então dizer que, no caso presente, os efeitos da concentração do poder econômico de ambas as empresas projetam-se no mesmo mercado, isto é, no mesmo plano horizontal.

6. Não se põe aqui, a meu juízo, a questão da territorialidade em relação à aplicação da Lei nº 8.884, pois a própria norma define como sendo o âmbito de sua aplicação o território brasileiro atingido pelos efeitos da concentração econômica. A discussão que se abriu sobre essa questão seria sobre ter ou não o CADE poderes para barrar efeitos de ato jurídico de integração celebrado por

CADE que vai dizer o que é concentrado e o que não é concentrado porque cada caso é um caso, cada setor é um setor. 20% pode ser um índice a medir uma altíssima concentração em um determinado mercado, e 80% não ser, em outro. Portanto, cabe, nos termos da Lei, ao CADE decidir que índice é reprovável de concentração, e não seguir presunções que se prestam, sempre, a assaltos reacionários, de toda sorte, como essa.”
“A Concentração do Poder Econômico: Aspectos Jurídicos do art. 54, da Lei 8.884/94. in Revista do Ibrac, Vol.3, nº 8, agosto 1996, p. 16.”

empresas situadas no exterior. Sem dúvida, entendo ter o CADE poderes para barrar tais efeitos quando repercutem eles no mercado concorrencial brasileiro, pois a Lei 8.884/94 trata dos efeitos de atos jurídicos de integração que importem em concentração do poder econômico, e não da natureza, ou da forma, deles.

No caso em questão, o fato de uma das empresas figurantes do ato de concentração atuar no mercado brasileiro, por si só, afasta qualquer discussão sobre os limites territoriais da ação do CADE, no exercício de sua função preventiva, em relação a atos de concentração econômica, como é o ora analisado.

II – CONCLUSÃO

À vista do que acima se expôs, concluo:

- 1) A concentração, cujos efeitos sobre o mercado concorrencial determinou o legislador ao CADE avaliar, é a do poder econômico de duas ou mais empresas – antes independentes – resultante de um ato jurídico de integração - no caso, uma *joint-venture*.
- 2) Os índices de jurisdição estabelecidos no § 3º, do art. 54, da Lei citada, a deflagrar o controle do CADE sobre atos de concentração, tomam por base critérios distintos, mas ambos relativos ao poder econômico e a sua expressão: a fração do mercado relevante, detidas pelas empresas figurantes do ato, que se

vai ou não somar em razão do ato de concentração; e o porte econômico dos figurantes no ato jurídico de integração.

3) Incidindo qualquer um dos índices de jurisdição, deverá o ato jurídico de integração ser submetido ao controle, exclusivo, do CADE.

4) No caso presente, o serviço relevante é o de ***, prestado tanto pela empresa **X** quanto pela empresa **Y**; e o mercado relevante é a região *** do país, onde já atua a empresa **Y**, dele detendo 50%.

5) Iguais os serviços relevantes de ambas as empresas, o faturamento de cada uma delas supera um dos índices de jurisdição previstos em Lei. E, em que pese no mercado *** não vir ocorrer soma de frações, é nele que irão repercutir os efeitos da concentração do poder econômico das duas empresas, em razão da *joint-venture* a ser firmada por elas.

6) O poder econômico de ambas as empresas, como o de qualquer outra, deve ser entendido como acervo de recursos não só capitalísticos, mas também gerenciais, administrativos e de tecnologia. Não fora assim, a concentração do poder econômico entre a empresa **X** e a empresa **Y**, a ocorrer por meio da *joint-venture*, dificilmente se justificaria, em termos empresariais.

Ao final, entendo que o ato de concentração a ser firmado pela empresa **X** e pela empresa **Y**, por importar em concentração do poder econômico, seus efeitos projetarem-se inequivocamente sobre o mercado concorrencial e, também, por serem alcançados os índices de jurisdição previstos, deve ser submetido ao controle do CADE, nos termos do art. 54, da Lei. nº 8.884/94.

Entendo, em conseqüência, que a não submissão do ato jurídico em causa ao controle do CADE poderá expor a Consulente às penas previstas no § 5º, do art. 54, da Lei nº 8.884/94.

