

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 102 • abril-junho de 1996

Fundadores

1.ª Fase: WALDEMAR FERREIRA

Fase Atual: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)
PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

Supervisor Geral: PROF. WALDÍRIO BULGARELLI

Comitê de Redação: MAURO RODRIGUES PENTEADO, HAROLDO D. VERÇOSA,
JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, ANTONIO MARTIN

30,00

Biblioteca Geo. G. Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 102 • abril-junho de 1996

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

LIVRARIA TRIBUTARIA

Rua Cel. Xavier de Toledo, 210

7o. Andar - Conj. 74 - CEP 01048-000

Fone/Fax: 314-3714

3120-3761

Diretor de Produção: ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Gerente de Marketing: MELISSA CHBANE

Gerente de Administração de Vendas: KUNII TANAKA

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

Diagramação eletrônica: Eurotexto Informática Ltda. - ME. - *Impressão:* EDITORA PARMA LTDA.,
Av. Antonio Bardella, 280 - CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

DOCTRINA

Direito adquirido em matéria de indexação legal (interpretação do artigo 38 da Lei 8.880, de 1994) — LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES	7
O titular de cheques pós-datados, dados em garantia real, não participa da concordata da devedora — JORGE LOBO	21
Disciplina da concorrência nas operações de concentração empresarial — JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA	26
A minoria social. Relatividade e alcance dos efeitos de seus direitos — JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA	38
Criação de impostos. Alteração de seus elementos essenciais. O artigo 146 da Constituição Federal — JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA	46
A concordata do ex-concordatário e a desistência do favor legal — DÉCIO POLICASTRO	54
Derivatives' Suitability — LUIZ GASTÃO LEÃES FILHO	59

ATUALIDADES

Breves considerações sobre sentença que indefere a renovação de contrato de locação — CARLOS AUGUSTO DE ASSIS	72
Gestão privada do Funcafé — ALINE PAOLA C. B. C. DE ALMEIDA; FLÁVIO AMARAL GARCIA; MARCOS JURUENA V. SOUTO; PAULO HENRIQUE SPILOTROS COSTA	80
Temas polêmicos da sociedade por quotas — Posição da jurisprudência. Cessão de quotas, responsabilidade e exclusão de sócios — CARLA IZOLDA FIUZA COSTA MARSHALL	94
Da inaplicabilidade do artigo 174 da Constituição Federal às normas monetárias — ARNOLDO WALD	109

JURISPRUDÊNCIA

Renovatória de locação — Aluguel provisório — “O deferimento do aluguel provisório não está condicionado a que o senhorio se abstenha de fazer o pedido alternativo de retomada do imóvel” — CARLOS AUGUSTO DE ASSIS	113
--	-----

RESENHA

Obligaciones-Regimen Jurídico — Marcelo Urbano Salerno, por ARNOLDO WALD.	116
---	-----

TEXTOS LEGAIS

- Decreto 350, de 21.11.1991 — Promulga o Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (Tratado Mercosul) 118

TEXTOS HISTÓRICOS

- Tratado de Direito Comercial — (Cesare Vivante — V. 1 — *Os Comerciantes*, 5.^a ed. rev. e ampl., Milão, Francesco Vallardi, 1934) — HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA 134

- NOTICIÁRIO DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COMERCIAL COM-
PARADO E BIBLIOTECA TULLIO ASCARELLI 139

- ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO 141

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ALINE PAOLA C. B. C. DE ALMEIDA

Advogada no Rio de Janeiro.

ARNOLDO WALD

Advogado em São Paulo e Paris; Professor catedrático de Direito Civil na UERJ; Presidente do grupo brasileiro da Associação Henri Capitant; Ex-presidente da Comissão de Valores Mobiliários — CVM; Ex-membro do Conselho Monetário Nacional.

CARLA IZOLDA FIUZA COSTA MARSHALL

Procuradora Federal lotada na Universidade Federal Fluminense; Doutoranda em Direito Econômico e Sociedade pela Universidade Gama Filho.

CARLOS AUGUSTO DE ASSIS

Advogado em São Paulo; Mestre e doutorando em Direito Processual na FADUSP.

DÉCIO POLICASTRO

Advogado e Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo.

FÁBIO KONDER COMPARATO

Doutor pela Universidade de Paris; Prof. Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

FLÁVIO AMARAL GARCIA

Advogado no Rio de Janeiro.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Mestre e Doutor em Direito Comercial pela USP; Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Advogado em São Paulo.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

JORGE LOBO

Advogado no Rio de Janeiro; Livre Docente em Direito Comercial pela UERJ.

JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA

Advogado em São Paulo; Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo e do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli.

LUIZ GASTÃO LEÃES FILHO

Advogado em São Paulo; Mestrando no curso de pós-graduação (em Direito Bancário, Financeiro e de Sociedades Anônimas) da Faculdade de Direito da Universidade Fordham, Nova Iorque.

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MARCOS JURUENA V. SOUTO

Advogado no Rio de Janeiro.

PAOLO HENRIQUE SPILOTROS COSTA

Advogado no Rio de Janeiro.

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

DISCIPLINA DA CONCORRÊNCIA NAS OPERAÇÕES DE CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL*

JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA

SUMÁRIO: 1. Noção de concentração empresarial — 2. Técnicas de controle nas operações de concentração; 2.1. Notificação; 2.2. Critérios quantitativos — 3. Fundamentos da proibição das concentrações empresariais — 4. Autorização de condutas anticoncorrenciais — 5. Últimas considerações.

1. Noção de concentração empresarial

A abordagem do tema que envolve os aspectos legal e econômico. É sem dúvida importante buscar o significado jurídico das operações de concentração empresarial, mas não se trata de análise suficiente para entender realidade altamente diferenciada e estratificada. A pedra angular da questão constitui-se na correlação funcional de lei e realidade econômica.

A variedade de formas de concentração empresarial reclama modelo legal flexível, a fim de encampar hipóteses decorrentes do exercício da autonomia privada. Tratando-se de realidade diferenciada, o aumento de riquezas em poucas mãos assume múltiplas maneiras de expressão.¹ Entre elas, mencione-se a fusão de empresas, a participação societária, o controle conjunto de empresas, os contratos empresariais (quaisquer vínculos de controle) e a formação de grupos. Essa exemplificação não é

exaustiva; cuida tão-só dos casos mais frequentes.

Assinalada a problemática decorrente da variedade de formas de concentração empresarial, cumpre enfrentar a tarefa de desenvolvimento de técnica legal para aumentar o campo de incidência da lei antitruste e torná-la assim mais efetiva.

Do ângulo do direito comparado, podem se colher valiosos subsídios. A lei alemã contra as limitações concorrenciais (G.W.B) sofreu alteração em 1973, incorporando disciplina orgânica em matéria de concentração empresarial. O legislador definiu, no § 23, as hipóteses de concentração, o que aparentemente poderia diminuir a efetividade da lei, pela inadmissibilidade de analogia.² A enumeração das hipóteses se segue uma cláusula geral, técnica designada pela doutrina como de *Auffangtatbestand* (alcance de casos não enquadráveis nas quatro hipóteses previstas).³ Essa cláusula

* Trabalho resultante de pesquisa para tese de doutoramento em direito comercial, defendida na Faculdade de Direito da USP.

(1) Frignani, Aldo, verbete "intese, posizioni dominanti, concentrazioni (diritto comunitario)" in *Novissimo Digesto Italiano*.

(2) Ruppelt, Hans-Juergen, *Kommentar zum deutschen und europaischen Kartellrecht*, Neuwied, Luchterhand, 7.ª ed., 1994, p. 580-581.

(3) Rittner, Fritz, *Wettbewerbs-und Kartellrecht*, 3.ª ed. Heidelberg, C. F. Mueller Juristischer Verlag, 1989, p. 392.

sula torna desnecessária qualquer interpretação analógica. Engloba qualquer vínculo empresarial, mediante o qual uma ou várias empresas, direta ou indiretamente, podem exercer influência dominante sobre outra empresa. Note-se que uma quinta alteração da lei antitruste alemã também adota como *Auffangtatbestand* uma “relevante influência concorrencial”.

A lei brasileira não utilizou cláusula geral semelhante à da lei alemã, preferindo a técnica francesa⁴ de submeter os atos, sob qualquer forma manifestados, à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE. O § 3.º do art. 54 da Lei 8.884, de 11.06.1994, abrange atos que visem a qualquer forma de concentração. Trata-se de cláusula geral, que se fosse formulada como a alemã, evitaria, em parte, controvérsias. O direito europeu, no Regulamento 4.064/89, adotou a técnica da cláusula geral referindo-se a qualquer meio de adquirir o controle do conjunto ou de parte de uma ou várias empresas. O art. 5.º da Lei 287/90 reproduziu, na Itália, a norma constante do art. 3.º do citado regulamento europeu.

Verificada a necessidade de cláusulas gerais para aumentar a efetividade da lei, importa analisar, em seguida, quais operações merecem a atenção dos órgãos antitrustes e as técnicas de controle.

2. Técnicas de controle nas operações de concentração

2.1 Notificação

A verificação da relevância econômica das operações de concentração empresarial depende do acompanhamento do processo concentracionista. Os ór-

gãos antitrustes encontram, na notificação das referidas operações, excelente instrumento, para dar início a sua atividade de controle (fiscalização e interdição).

Essa notificação pode anteceder à concentração ou ocorrer após a sua consumação. A efetividade dessa técnica tem variado, ao longo da experiência antitruste. É de notar que, sob o império da Lei 4.137/62, os acordos encerrando concentração não se sujeitavam à aprovação do CADE.⁵ Essa falha da legislação brasileira foi superada já na Lei 8.158/90, sendo, definitivamente, afastada na Lei 8.884/94, que estabeleceu novo regime antitruste e revogou as demais leis. Agora, todos os atos restritivos da concorrência devem, sob pena de pesadas multas, ser submetidos, no prazo de quinze dias da sua consumação, à apreciação do CADE.

A reforma da lei antitruste alemã de 1973 introduziu disciplina pormenorizada, acrescentando, além do dever de dar punibilidade nas operações consumadas, a notificação dos projetos de concentração. O direito norte-americano, que representa marco histórico em legislação antitruste, somente em 1976, instituiu regime de notificação obrigatória (Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act.). A utilização do procedimento do “midnight merger”,⁶ à margem do controle dos órgãos antitrustes, contava com a dificuldade de desfazimento judicial de atos consumados.

No direito europeu, existe prazo de uma semana para notificar a Comissão europeia, contado da conclusão do acor-

⁽⁴⁾ Serra, Yves, *Le droit français de la concurrence*, Paris, Dalloz, 1993, p. 99-100.

⁽⁵⁾ Shieber, Benjamin M., *Abusos do poder econômico (direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A.)*, São Paulo, Ed. RT, 1966. p. 165.

⁽⁶⁾ Goolrick, Robert M., “The End of the Midnight Merger: an Overview of the New FTC Premerger Notice Rules” in *The Business Lawyer*, vol. 34, novembro, 1978.

do ou da publicação da oferta de compra ou de permuta ou de aquisição de participação de controle.

Cuida-se de notificação prévia, com exigências semelhantes às estabelecidas nos EUA, notando-se que, na experiência norte-americana, os interessados devem esperar 30 dias para consumir a operação. No caso de "cash tender offers" (oferta de compra), ficou o prazo reduzido para 15 dias.

A notificação constitui excelente técnica de controle. Verifique-se que dela pode decorrer a suspensão temporária da operação, a exemplo do que dispõe o art. 17 da lei italiana 287/90. Já no direito europeu, na forma do Regulamento n.º 4.064/89, o prazo de suspensão é de três semanas, a partir da notificação, podendo ser prorrogado.⁷ O direito brasileiro adota, por sua vez, a técnica das medidas preventivas aplicáveis em qualquer fase do processo administrativo.

A obrigatoriedade de notificação, no entanto, não deve resultar em prejuízo para as empresas envolvidas. A Secretaria de Direito Econômico e o CADE devem manter sigilo das informações obtidas. Os próprios interessados devem classificar as informações como sigilosas, o que não impediria a análise dos casos concretos e seu julgamento conforme a lei antitruste.

Não é qualquer ato de concentração que deve ser notificado. Atos existem que são economicamente irrelevantes. Daí a necessidade de estabelecimento de critérios quantitativos, para evitar o acúmulo de exame de atos não merecedores de atenção.

2.2 Critérios quantitativos

A análise concorrencial opera com o exame de fatores diversos. A empresa

é encarada, sob os aspectos comportamental, estrutural e dos resultados. É evidente que os critérios não estão isentos de imperfeições. Robert Bork,⁸ apontando as deficiências na consideração já de fatores concorrenciais, já de fatores extraconcorrenciais, sustenta que o único parâmetro válido é o bem-estar do consumidor. Ainda que se aceite a tese reducionista de Bork, não perde valia a enunciação de critérios para fundamentar o controle das concentrações empresariais.

O direito antitruste brasileiro adotou critérios quantitativos. A Lei 8.884 dispõe que os atos, independentemente de sua forma, que possam limitar a concorrência, sobretudo no que diz respeito à dominação de mercados relevantes de bens e serviços, estão sujeitos à apreciação do CADE. O § 3.º do art. 54 completa essa disposição, enumerando, de forma exemplificativa, algumas das operações de concentração econômica. Restringe, contudo, o controle à hipótese de atos que resultem em participação de vinte por cento ou mais no mercado relevante ou configurem "faturamento bruto anual" de qualquer dos participantes equivalente a cem milhões de UFIR.

O entendimento do referido dispositivo exige que se esclareça o que vem a ser mercado relevante. Para saber se determinados produtos ou serviços compõem um mercado relevante, há de se verificar a possibilidade de substituição de uns pelos outros. Levam-se em conta as necessidades do consumidor (*Bedarfsmarktkonzept*). Apesar de constituir critério suscetível de crítica, verifica-se o julgamento do consumidor médio na escolha de produtos ou serviços para atender suas necessidades. Note-se que não pode haver disparidade de preços.

(7) Kovar, Robert, *Code Européen de la Concurrence*, Paris, Dalloz, 1993, p. 254-255.

(8) Bork, Robert, *A Policy at war with itself*. Nova York, The Free Press, 1993, Parte I, Cap. I.

Os produtos de marca constituem um mercado à parte, embora possam ser quimicamente idênticos aos que não são distinguidos por marca. O empacotamento pode ser fator de diferenciação. A pertinência a determinado mercado relevante não exige análise técnica, objetiva e psíquica pelo consumidor, nas suas escolhas.⁹

Assinalada a dimensão objetiva do mercado relevante, cumpre tratar do perfil geográfico. Os mercados podem ser internacionais, nacionais, regionais e locais. A abrangência do mercado depende do custo do transporte e a natureza perecível ou não do produto. É verdade que essas limitações podem ser superadas pelas modernas técnicas de distribuição (*franchising*, concessão comercial). Alguns produtos, contudo, são necessariamente regionais, a exemplo dos jornais locais de interesse exclusivo da comunidade.

Sob o aspecto temporal, citem-se as feiras e os eventos isolados.

Apesar das críticas, a especificação dos mercados relevantes assume especial importância na solução das lides antitrustes. Na experiência norte-americana, são colhidos subsídios. Nesse sentido, considere-se o caso "Brown Shoe Co., Inc. v. United States"¹⁰ concernente à concentração de duas empresas, no ramo de calçados. Foi avençada a troca de ações da Kinney pela Brown. Ficou demonstrado, no processo, que a produção de sapatos estava distribuída por grande número de fábricas. 204 produtoras eram responsáveis por cerca de 35% da produção nacional. Entre as 4 maiores empresas, incluindo a Kinney, a participação era de 23%, enquanto as 24 maiores participavam com 65% da produção. A Corte notou a tendência de

aquisição das lojas de venda pelos produtores. A empresa Brown constitui exemplo dessa tendência. A Kinney era formada por cadeia de lojas de venda de sapatos. Vislumbrou-se, na operação "Brown-Kinney", aspecto vertical e aspecto horizontal, uma vez que se tratava de relação entre fornecedor e distribuidor que exerciam funções complementares na produção. Para determinar se a operação resultava em diminuição da concorrência, foi necessário definir o mercado de produto e o mercado geográfico. Vários argumentos foram aduzidos pelas empresas, a fim de subdividir o mercado de calçados, de acordo com o binômio preço/qualidade e idade/sexo. Todo o problema girou em torno da determinação do alcance da expressão "in any line of commerce". Quanto ao mercado geográfico, restou comprovado que era o nacional, embora pudesse ser menor como uma área metropolitana. Por fim, cumpre assinalar que a Corte entendeu anticoncorrencial a concentração de Brown e Kinney, ainda que a participação no mercado de lojas passasse a ser de 7.2% do país e 2.3% de pontos-de-venda, percentual bem menor do que o adotado nas modernas leis antitrustes.

Já nos termos dos percentuais de participação no mercado nos moldes modernos, é de invocar-se a aquisição da "Hazel-Atlas"¹¹ pela "Continental", notando que esta aumentou sua participação de 21.9% para 25% do mercado, diminuindo de 5 para 4 as empresas que pudessem ameaçar sua posição dominante. Aqui gerou controvérsia a definição de "lines of commerce", já que se discutia se os "containers" de vidro compunham a mesma linha de comércio que os "containers" de metal. Essa distinção é fundamental, uma vez que, em princípio, não existe diminuição de concorrência onde não há concorrentes.

⁽⁹⁾ Emmerich, Volker, Kartellrecht, Munique. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p. 224-225.

⁽¹⁰⁾ 370 U.S. 294 (1962).

⁽¹¹⁾ 378 U.S. 441 (1964).

Isso leva à questão de restrição da concorrência entre não concorrentes. Já foi visto que as restrições verticais entre produtor e distribuidor constituem obstáculo à entrada de novos concorrentes do produtor. O produtor de sapatos que, por exemplo, adquire todas as lojas de venda de calçados impedirá, com certeza, que outros produtores continuem fornecendo a essas lojas. Existe, contudo, categoria de concentração envolvendo não concorrentes, que não estão, ademais, em relação de fornecimento e distribuição. Trata-se do tipo conglomerado. Merece, nesse contexto, evocação o caso "United States v. Falstaff Brewing Corp".¹² Nele ficou registrado o alcance da Seção 7 do "Clayton Act", que proíbe concentrações em qualquer linha de comércio que tenham por efeito diminuir, substancialmente, a concorrência ou tendentes a criar monopólio. A parte relevante do julgado está no esclarecimento de que o referido "Act" se estende a hipóteses de aquisição de estabelecimento de não concorrente, desde que a adquirente ameace a dominar o mercado ou prejudicar a concorrência. É levado em conta que a empresa adquirente é concorrente potencial e pode, no futuro, diminuir a concorrência, gerando posição dominante.

As concentrações do tipo conglomerado suscitam preocupação na experiência alemã. De acordo com a "Abschreckungstheorie",¹³ não se admite, em princípio, que concentrações desse tipo produzam efeitos anticoncorrenciais. Na experiência européia, as concentrações do tipo conglomerado estão sujeitas a controle. Operando em mercados distintos, não apresentariam efeitos horizontal ou vertical. Mas da mesma forma que, no direito norte-americano, podem produzir efeitos restritivos da concorrência.¹⁴

(12) 410 U.S. 526 (1973).

(13) Emmerich, ob. cit., p. 392.

(14) Code Européen de la Concurrence, ob. cit., p. 242.

Nos parágrafos anteriores, ficou esclarecido o que vem a ser participação no mercado relevante, sem descuidar dos efeitos concentracionistas de operações diagonais (do tipo conglomerado). Convém agora aprofundar a análise no tocante aos percentuais de participação no mercado e ao papel do faturamento das empresas.

Do ângulo do direito comparado, a análise dos aspectos quantitativos mostra riqueza de pormenores. O direito alemão adota dois critérios: faturamento e participação no mercado. Sendo assim, existe o dever de notificar as operações planejadas (*Anmeldepflicht*), desde que se verifique um dos seguintes pressupostos: uma das empresas participantes tenha apresentado, no último ano, faturamento de pelo menos 2 bilhões DM; duas das empresas participantes pelo menos haja apresentado, no último ano, faturamento de 1 bilhão DM (ou mais); a outra hipótese concerne às concentrações decorrentes de lei estadual ou de ato administrativo de império com o mesmo caráter.

Nota-se aí preocupação com a estrutura das empresas. Existe presunção de que as grandes empresas constituem instrumento de limitação da concorrência. O controle preventivo, que impõe o fornecimento dos mesmos dados nas hipóteses do dever de publicidade de operações já consumadas, compele o "Bundeskartellamt" (órgão antitruste) a examinar a operação planejada, com finalidade de sua interdição.

Na prática, o controle preventivo do chamado casamento de elefantes (*Elefantenhochzeit*) é relativamente menos expressivo que o controle mediante a publicidade das operações já consumadas. Até 31.12.1986 foram notificados 3.174 projetos de concentração, sendo 294 voluntários. Esclareça-se que há dois procedimentos que o "Bundeskartellamt" deve seguir. Ou inicia o exame da operação no prazo de um mês

ou deve, no prazo de quatro meses, dar início a procedimento de interdição. Nos dados colhidos até 1986, verifica-se que 319 seguiram o rito de um mês, enquanto 2.350 se sujeitaram ao controle em período de quatro meses. Em apenas 38 casos, houve interdição.¹⁵

O exame de participação no mercado ocorre também na hipótese de dar publicidade à operação de concentração já consumada (*Anzeigepflicht*). Leva-se em conta, em primeiro plano, a participação de pelo menos 20% no mercado, alcançada com a concentração ou em decorrência dela aumentada, tendo em vista todo o campo de incidência da lei alemã ou em parte substancial dele. Outro pressuposto é de que uma das empresas participantes detenha sobre outro mercado pelo menos uma participação de 20%. Por fim, a hipótese de que as empresas participantes tenham apresentado, no último ano, a soma de pelo menos 10.000 empregados ou 500 milhões DM em faturamento. Deve-se acrescentar que, no exame desses dados, são consideradas todas as empresas envolvidas. No caso, contudo, de alienação parcial de patrimônio e de aquisição de participação societária, a análise centra-se na parte objeto de transferência. Quanto às empresas ligadas (*verbundene Unternehmen*), é-lhes atribuído tratamento unitário de acordo com a "Verbundklausel".¹⁶

Convém registrar que, na técnica alemã, a quota de participação no mercado é menos importante que o tamanho da empresa. Na prática, vem, em primeiro lugar, o exame do faturamento — dado expressivo do porte da empresa. As grandes empresas são observadas, ainda que, em princípio, não haja interesse de política concorrencial.¹⁷

Nesse contexto, é de notar que uma das alterações da lei antitruste alemã teve por objetivo sujeitar a controle as empresas de imprensa, visando a preservar a pluralidade de opiniões fundada na garantia constitucional de liberdade de imprensa e a impedir o embaraço à entrada de concorrentes no mercado. Devido às peculiaridades desse mercado, a cifra é de 25 milhões DM (500 mio/20).¹⁸

Já se dispõe de dados para uma comparação com a lei brasileira. Verifica-se, desde logo, que o direito antitruste brasileiro não adota procedimento dual de controle, conforme as características da operação. Não existe um regime de notificação preventiva para certas operações e outro para os atos já consumados. O § 4.º do art. 54 não impõe o dever de notificação prévia. O exame prévio ou posterior fica a critério do interessado, desde que, antes ou depois, dê conhecimento da operação à Secretaria de Direito Econômico e, por consequência, ao CADE.

Cabe acrescentar que, a partir de 1978, é obrigatória, nos EUA, a notificação de operações envolvendo aquisição de ações ou acervo empresarial (*assets*), quando uma companhia tem patrimônio consolidado ou vendas anuais (incluindo todas as empresas sob controle unificado) de 100 milhões de dólares ou mais e a outra companhia, por sua vez, apresenta acervo empresarial consolidado ou vendas anuais de 10 milhões de dólares ou mais. Leva-se, ademais, em conta se a aquisição excede 15 milhões em valor ou 15% das ações ou acervo empresarial da companhia adquirida, havendo o valor do patrimônio empresarial de ser de 10 milhões ou mais.¹⁹

Nesse item, foram discutidos os critérios adotados para fundamentar a

⁽¹⁵⁾ Rittner, Fritz, ob. cit., p. 399.

⁽¹⁶⁾ Idem, ibidem, p. 395.

⁽¹⁷⁾ Idem, ibidem, p. 396.

⁽¹⁸⁾ Emmerich, ob. cit., p. 350.

⁽¹⁹⁾ Goolrick, ob. cit., p. 64.

obrigatoriedade de notificação. O direito antitruste brasileiro seguiu o exemplo das leis estrangeiras, estabelecendo critérios quantitativos para justificar o controle. Embora não seja pormenorizada como a lei alemã, a lei brasileira constitui avanço na regulação da matéria. O que merece ser modificado é a faculdade de notificação antes ou depois de consumada a operação. A notificação prévia evitaria as dificuldades de recompor a situação antes da concentração.

A seguir serão tratados os critérios para justificar a interdição das concentrações.

3. Fundamentos da proibição das concentrações empresariais

Esta parte do estudo é conclusiva das etapas anteriores; cuidou-se, em primeiro lugar, da caracterização das operações de concentração empresarial, apontando os seus traços quantitativos com o objetivo de circunscrever as hipóteses sujeitas a controle. Nesse esquema gradativo, chega-se à parte mais delicada da matéria: proibição das operações.

A proibição das operações exprime o grau de efetividade do direito antitruste. Isso leva à questão do desenvolvimento de técnicas jurídicas para regular realidade complexa, dando-lhe conformação de acordo com os princípios sócio-econômicos consagrados, implícita ou explicitamente, nas Constituições. John Maurice Clark²⁰ expressou muito bem os termos do problema. Para ele, deve existir controle antitruste fundado em lei, a fim de tutelar a concorrência, que não é perfeita, respeitando-se, contudo, o vigor e dinâmica da liberdade empresarial.

A conciliação de uma política de controle com a garantia de liberdade

empresarial não constitui tarefa fácil. Do ângulo jurídico, a primeira dificuldade diz respeito à criação de instrumentos flexíveis, para não sufocar a iniciativa empresarial. Por outro lado, as restrições à autonomia privada há de ter fundamento legal. O legislador, entretanto, não pode prever todas as espécies de restrições à concorrência, justificando-se, assim, a utilização de conceitos indeterminados e de exceções a cada norma proibitiva.

O ponto de partida desta análise é a Seção 7 do "Clayton Act", modificada pela Emenda Celler-Kefauver incluindo a aquisição de acervo empresarial, bem como suprimindo o requisito de demonstração de que a competição, entre as empresas envolvidas na concentração, foi reduzida. O alcance do "Clayton Act" foi objeto de divergências judiciais. A sua interpretação, contudo, foi ajustada à necessidade de dar efetividade ao controle antitruste. No caso "United States v. Von's Grocery Company",²¹ levantou-se a delicada questão sobre o papel das pequenas lojas na sociedade moderna em face do avanço dos supermercados. Os juízes, cientes de que não cabe às Cortes, opor obstáculo às novas formações econômicas, não podiam, por outro lado, esquecer que o "Clayton Act", sobretudo após sua alteração em 1950, visava a combater o aumento do grau de concentração na economia americana. Para isso, o Juiz Stewart, no citado caso, registra que, na verificação dos efeitos concorrenciais das operações de concentração, é determinante o exame tão-só da razoável probabilidade de diminuir a competição, não se exigindo certeza. Os problemas na aplicação do "Clayton Act", no entanto, não se restringem ao sentido que se dá à cláusula "diminuir" a concorrência. A próxima questão que se coloca diz respeito à possibilidade de aplicação da lei a hi-

(20) Clark, John Maurice, Instituições econômicas e bem-estar social, tradução, Rio de Janeiro, Zahar Ed., 1967, p. 150.

(21) 384 U. S. 270 (1966).

póteses de concentração entre não concorrentes.

Entre essas concentrações, distingue-se a do tipo de extensão do produto (*Product-extension*) e aquela de extensão do mercado (*market-extension*). As primeiras dizem respeito às indústrias de produtos complementares, enquanto as segundas concernem a produtos substituíveis, mas em mercados geográficos diferentes. Várias técnicas foram desenvolvidas para dar solução aos problemas daí advindos. No caso "Federal Trade Commission: The Bendix Corp et al",²² cuidou-se da operação de concentração entre Fram e Bendix, sendo alegado que haveria diminuição substancial da concorrência ou tendência de criar monopólio nas três linhas de comércio de filtros de automóveis, de filtros aeroespaciais e de separação d'água. Nesse caso, verifica-se a criação da doutrina "toehold", ou seja, uma empresa, em vez de seguir o caminho da expansão interna, prefere a operação de concentração com empresa já no mercado. Em princípio, não fere o "Clayton Act" que uma empresa, com bom desempenho no mercado, adquira outra em dificuldade ou de demissão pequena para fazer concorrência com outros competidores mais poderosos. O caso sob exame, contudo, revela que Bendix decidiu se concentrar com empresa de liderança no mercado, eliminando a concorrência potencial que existiria se Bendix se aglutinasse com pequena empresa. A Fram, desaparecendo como concorrente, resultaria em concentração indesejada, do ângulo do direito antitruste. No já referido caso "Falstaff", nota-se avanço na compreensão da Seção 7 do "Clayton Act", já que registra que as proibições se voltam contra concentração entre não concorrentes, desde que resulte em ameaça de dominação do mercado ou perturbe as condições de concorrência

no mercado. Confrontando essa opinião com a sustentada no caso "United States" v. International Telephone and Telegraph Corporation",²³ vê-se que as Cortes podem entender que os efeitos da concentração hão de ser examinados, à luz dos mercados geográfico e do produto, não alcançando, assim, a mera concentração econômica.

Na Alemanha, a interdição das operações de concentração funda-se na criação ou fortalecimento de posição dominante no mercado. Verifica-se aí que a técnica alemã se distancia do "Clayton Act", uma vez que não se refere à exclusiva hipótese de diminuição de concorrência. Pode-se dizer que a técnica alemã reflete os avanços expressos nos julgados das cortes norte-americanas. A caracterização de posição dominante não depende da existência de concorrência. Podem, ademais, as empresas envolvidas não apresentar situação de concorrência efetiva ou ser dominantes no mercado. Estão abrangidas todas as situações que foram objeto de controvérsia judicial, nos E.U.A. O que, contudo, importa, é verificar se, em razão da concentração, houve prejuízo nas relações concorrenciais. A determinação dos prejuízos depende da verificação da participação nos mercados relevantes, bem como dos efeitos de acumulação de recursos.²⁴ É de notar que se levam em conta os efeitos atuais ou potenciais sobre a concorrência.

Os alemães adotam regime de presunção de dominação de mercado, em hipóteses de grandes estruturas empresariais absorvendo pequenas empresas.²⁵ Essa técnica, no entanto, não teve repercussão prática.²⁶ Convém frisar que tudo gira em torno do conceito de criação de posição dominante ou seu

(23) 324 F. Supp. 19 (P. Conn. 1970).

(24) Emmerich, ob. cit., p. 392.

(25) Rittner, Fritz, ob. cit., p. 408.

(26) Idem, ibidem, p. 409.

(22) F. 2 d 534 (6 th Cir. 1971)

reforço. Trata-se da transposição da noção empregada no § 22, acentuando, em vez do aspecto comportamental da empresa, seu aspecto estrutural em relação ao mercado. Cabe dizer que uma empresa pode ocupar situação de posição dominante, tanto do lado da oferta como o da procura. Na caracterização da posição dominante, leva-se em conta a participação no mercado, o poder financeiro, o grau de penetração no mercado de fornecimento, aglutinação com outras empresas, restrições de direito ou de fato à entrada de outras empresas no mercado, bem como a possibilidade de interferir no regime da oferta e da procura. Cumpre notar que, para a proibição de uma operação, basta que o reforço da posição dominante seja sensível, não se exigindo que seja substancial. Em termos percentuais, o § 24, inc. I, aplica-se com o aumento da participação no mercado da ordem 1 a 4%.²⁷ Tratando-se, entretanto, de pequena importância em estrutura de mercado já altamente concentrado, não se justifica a proibição do § 24, inc. I.

O direito antitruste tem função de controle preventivo e, na sua insuficiência, interfere nas situações de mercado já constituídas. A lei brasileira 8.884/94 está longe da riqueza técnica dos direitos estrangeiros aqui analisados. A lei não disciplina os fundamentos da proibição de uma operação de concentração. Não se reporta à hipótese de criação de posição dominante ou seu reforço. Não existe subsídio legal para a verificação de restrição substancial à concorrência, não se considerando, ademais, os efeitos atuais ou potenciais. Essa inanição legal pode dificultar o trabalho do CADE e deixar o Judiciário sem parâmetro para verificar a legalidade de uma proibição.

No tocante à experiência brasileira, cabe acrescentar que, sob o império da nova lei, o CADE interditou ato de

concentração envolvendo o grupo Gerdau, vislumbrando na operação ato anticoncorrencial. Houve pedido de reapreciação da decisão, que foi conhecido, mas negado por maioria de votos.²⁸

A sistematização da lei antitruste brasileira, no entanto, deixa entrever que o objetivo principal foi a aprovação dos atos de concentração. Tanto é assim que se dispõe, no § 1.º do art. 54, sobre as hipóteses de autorização de atos restritivos da concorrência. Está-se aí no campo de política econômica, fundamentando exceções ao regime de mercado livre. As razões dessas normas derogatórias serão examinadas a seguir.

4. Autorização de condutas anticoncorrenciais

O direito antitruste assume papel fundamental na correção das imperfeições do mercado. Deve ser dito que a concorrência perfeita não passa de abstração teórica, não cabendo assim, às normas concorrenciais reinstaurar, no mercado, estrutura fundada na multiplicabilidade de unidades produtivas, sem que qualquer delas tenha predominância sobre os demais. O direito antitruste, não podendo fugir à realidade econômica, protege a assim chamada concorrência efetiva. Não repele o processo de concentração empresarial em si, mas se volta contra as práticas anticoncorrenciais dele decorrentes. O exame do direito antitruste, no entanto, vai além disso. No seu contexto, existem regras que admitem condutas anticoncorrenciais, levando em conta, entre outros interesses, o progresso técnico-econômico. Deve-se verificar o alcance dessas normas exceptivas e a forma de aplicá-las.

Cuida-se de discricionariedade técnica decorrente, muitas vezes, do uso de

⁽²⁷⁾ Emmerich, *ob. cit.*, p. 394.

⁽²⁸⁾ DOU 17.10.1995, Seção I, p. 16319.

conceitos jurídicos indeterminados, cujos limites estão estabelecidos na Lei 8.884. O ato de concentração, para ser autorizado, deve atender um dos seguintes objetivos: aumento da produtividade; melhoria da qualidade de bens ou serviços; eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico. O ato, ademais, há de gerar benefício distribuído "equitativamente" entre os participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro. Nesse passo, o legislador não se houve bem, ao excluir o consumidor intermediário. O exemplo europeu mereceria ser seguido. Embora o direito antitruste tutele, mediatamente, o consumidor final, sua preocupação é tornar a concorrência livre entre os agentes econômicos empresários. Outra relevante condição diz respeito à não eliminação da concorrência "de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços". A especificação legal, quanto à parte substancial, evidencia que o direito antitruste não repele as concentrações em si. Somente a eliminação da concorrência substancial não é admitida. A invocação do mercado relevante de bens e serviços não deve gerar dificuldades para alcançar hipóteses de concentração entre não concorrentes. O exemplo do direito estrangeiro analisado, neste estudo, constitui matéria de inestimável valor, na solução de problemas concretos. O legislador brasileiro, por outro lado, não admite que haja descompasso entre meios e fins. Um ato de concentração, para ser autorizado, não pode gerar mais desvantagens que vantagens. Trata-se da consagração do princípio da proporcionalidade. Por fim, o § 2.º do art. 54 cuida das autorizações das concentrações fundadas em motivo preponderante da economia nacional e do bem comum.

Pode entrar aí razão de competitividade internacional e preservação de emprego. Esses motivos de política econômica, no entanto, não amparam

concentrações que gerem prejuízo ao consumidor final ou não atendam, pelo menos três das condições previstas nos incisos do mesmo parágrafo.²⁹ O sentido desse dispositivo é evitar que o CADE faça predominar interesses extraconcorrenciais, salvo quando se respeitem as condições referidas.

A essa altura, cumpre tecer algumas considerações de "iure condendo" sobre o direito antitruste brasileiro, oferecendo algumas sugestões.

5. Últimas considerações

A Lei 8.884/94 cuidou da disciplina das concentrações empresariais, no Capítulo I do Título VII. Essa regulação espelha o direito dos países europeus, bem como da União Européia. Na transposição, não se incorporou, entretanto, tudo que devia ser adotado. Existem, assim, lacunas e imprecisão de linguagem. A modificação da lei é aconselhável, mas enquanto isso não ocorre (algumas medidas provisórias têm alterado dispositivos da referida lei), convém adotar interpretação teleológica ajustando a norma à realidade subjacente. Para isso, a experiência européia mostra-se como inestimável fonte de exemplos.

Não se trata de transportação de modelos, sem a correspondente adaptação às peculiaridades brasileiras. É evidente que o Brasil tem interesse em promover seu desenvolvimento e aumentar sua competitividade no mercado internacional. Daí que, em razão da flexibilidade das normas antitrustes,

⁽²⁹⁾ § 2.º do art. 54: "Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final."

possam haver oscilações entre o binômio tutela da concorrência e interesse da economia brasileira. Isso significa que o ponto de equilíbrio no Brasil não há de se confundir com aquele dos países desenvolvidos. A aplicação da lei e os fatores econômicos exercem, pois, entre si influência.

A maleabilidade do direito antitruste contradiz o princípio de segurança jurídica. Isso significa que o legislador deve formular suas proposições, de modo preciso. O alcance da limitação da autonomia privada deve ser, sem prejuízo da efetividade da lei, claro e bem especificado.

Propõe-se, assim, modificação da disciplina das concentrações. A enumeração das hipóteses não é taxativa, no § 3.º do art. 54 da Lei 8.884. Não obstante, a doutrina tradicional não aceita que possam existir outras formas de concentração, já que isso resultaria na cominação de penas sem que a lei tipifique a conduta ilícita. Essa opinião não merece acolhimento. O que conta não é a forma dos atos, mas sim seu objeto ou efeito anticoncorrencial. Havendo dúvida do empresário sobre os efeitos de seu ato, pode ele se proteger de eventuais sanções formulando ao CADE consulta, na forma da citada lei.

Ainda assim, deviam constar da lei brasileira outras hipóteses de instrumentos de concentração empresarial como, por exemplo, o acordo de acionistas, as hipóteses de administração comum de sociedades e a participação de controle em outras sociedades, excluindo a hipótese de aquisição de ações na modalidade "underwriting", sem exercício de direito de voto. É de notar que o termo "participação" é mais abrangente que "aquisição". Nesse particular, a experiência alemã merece análise. A "G.W.B" definiu as hipóteses de aquisição de patrimônio, de aquisição de partes sociais nos seguintes graus: 25% do capital votante, 50% do capital votante e

aquela majoritária. A hipótese de controle comum também figura. Em nenhum dos casos, é admitida interpretação analógica, nem isso se mostra necessário, já que houve a adoção de cláusula geral alcançando o caso de vínculo de empresas que gere influência dominante exercida, direta ou indiretamente por uma ou várias empresas, sobre outra empresa. Essa cláusula garante, por exemplo, o enquadramento dos grupos de fato de controle externo.

A lei italiana 287/90 leva em conta a mera possibilidade de exercer influência determinante, especificando no art. 7.º os instrumentos de configuração dessa situação com referência a outras relações jurídicas.

A necessidade de modificar a lei brasileira 8.884, incorporando hipóteses de concentração não previstas e uma cláusula geral de influência determinante e de relevante influência concorrencial, não há de ser tomada como impossibilidade de aplicação do direito vigente às variadas hipóteses da vida negocial. O aprimoramento, no entanto, evitaria controvérsias.

A especificação das espécies fáticas — é de assinalar-se — não implica repúdio às concentrações em si. Constitui, antes, pressuposto de controle pela Secretaria de Direito Econômico e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Após exame do caso concreto, o CADE pode decidir pela não aprovação do ato. A Lei 8.884, contudo, foi omissa quanto aos fundamentos de decisão denegatória. Numa reforma da lei, convém registrar que se pretende coibir a criação ou reforço de posição dominante. Ademais, a introdução do conceito de posição dominante traduz superação da estreiteza do conceito de monopólio, inajustável ao tipo de concorrência verificada na prática.

Não é qualquer posição dominante que merece repulsa; por isso o art 6.º da citada lei italiana se refere à cons-

tituição de posição dominante ou seu reforço de modo a eliminar, substancial e duradouramente, a concorrência ou reduzi-la. O dispositivo indica, ademais, os fatores que devem ser levados em conta para a configuração da referida situação. É de notar que o § 1.º da Lei 8.884 já enumera alguns fatores a serem levados em conta para autorização de atos restritivos da concorrência. Os fatores são semelhantes, porém mais pormenorizados na lei italiana e concernentes não à autorização e sim à vedação. O que importa, contudo, é o critério de avaliação dos casos sob exame.

As propostas de aperfeiçoamento técnico, no tocante à disciplina das concentrações empresariais, reclamam alteração de todo o conjunto normativo, a fim de afeiçoar a lei à concepção moderna do direito antitruste. A Lei 8.884/94 definiu infrações à ordem econômica, o que deixa transparecer caráter penal. É evidente que, considerada como ordem penal administrativa, não se admitirá interpretação flexível dos seus dispositivos. Ademais, a Constituição comanda

que não há crime ou pena, sem lei que os defina. Sucede que a lei deve tutelar a concorrência, mas esta não é valor absoluto, sendo, pois, incongruente definir infrações quando o bem tutelado é disponível até certo ponto. A ordenação do mercado, mediante a tutela da concorrência não afasta o papel de intervenção do Estado através de políticas econômicas. Isso significa que a concorrência convive com outros valores.

A tarefa de reformulação do direito antitruste brasileiro há de levar em conta alguns fatores relevantes: não se trata primordialmente de ordem penal administrativa; a primeira consequência deve ser a ineficácia dos atos anticoncorrenciais; as sanções caberiam tão-só pelo descumprimento das decisões do CADE e das medidas preventivas; sistematização da lei com tratamento separado dos acordos, dos abusos de posição dominante e das concentrações; inevitável acolhimento da concepção paradoxal do direito antitruste (a livre concorrência não é princípio absoluto), mediante tolerância de práticas anticoncorrenciais.