



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

O controle estatal dos atos de concentração

The State Control of concentrative acts

Camila Paula de Barros Gomes

Resumo: O artigo analisa a intervenção indireta do Estado na economia, por meio do estudo do controle dos atos de concentração. Destaca que a preservação da concorrência é de fundamental importância a fim de assegurar os direitos do consumidor e atender aos ditames constitucionais que tutelam a ordem econômica. Explora a função do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) na análise das uniões entre empresas após o advento da Lei 12.529/11 e o impacto que as decisões da autarquia têm trazido para o cenário econômico nacional.

Palavras-chave: Estado Regulador; concorrência; atos de concentração; CADE.

Abstract: The article analyzes the indirect intervention of the State in the economy, through the study of the control of the concentrative acts. It stresses that competition's preservation is of fundamental importance in order to ensure the rights of the consumers and to comply with the constitutional provisions that protect the economic order. It explores the role of the Administrative Council for Economic Defense (CADE) in the identification of monopolistic actions after Law 12,529/11 and the impact that the decisions have brought to the national economic scenario.

Keywords: Regulatory State; competition; concentrative acts; CADE.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v5n2p346-363>

Artigo submetido em: janeiro de 2018 / **Aprovado em:** julho de 2018.

O CONTROLE ESTATAL DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Camila Paula de Barros GOMES*

Sumário: 1 Introdução; 2 Evolução histórica; 2.1 O Estado Liberal; 2.2 Estado Social; 2.3 Estado Regulador; 3 A defesa da concorrência no Brasil; 3.1 Os atos de concentração; 3.1.1 Controle prévio: o grande avanço; 3.1.2 Eliminação do critério de incidência do market share; 3.2 Processo administrativo de análise dos atos de concentração; 4 Exemplos de controle impeditivo de atos de concentração; 5 Conclusão; 6 Referências bibliográficas.

1. Introdução

O estudo da concorrência é um desafio pouco enfrentado pelos estudiosos do universo jurídico. Apesar da intervenção indireta ser uma das bases do Direito Administrativo e do Direito Econômico, esse ramo jurídico ainda é pouco explorado no Brasil, apesar da relevância do objeto por ele tutelado. Mesmo no âmbito universitário são poucas as instituições que fornecem aos seus alunos formação voltada ao Direito Antitruste e à importância da preservação da concorrência no mercado. Registros históricos demonstram que um Estado que não impõe regras para a seara econômica tende a ver agravada uma série de problemas, em especial no aspecto social (GABAN; DOMINGUES, 2016). Daí a preocupação com o estabelecimento de normas para assegurar a livre concorrência e evitar a dominação abusiva do mercado.

A forma com que o Estado lida com questões relativas à concorrência passou por profundas modificações do Estado Liberal aos tempos atuais. A compreensão dessa evolução histórica se mostra de fundamental importância para que se possa entender a dinâmica atualmente adotada, no contexto brasileiro, para o tratamento da livre concorrência. Nesse artigo, será tratada a questão histórica como premissa necessária para o estudo da legislação antitruste.

Após a delimitação histórica, serão apresentados alguns dos principais aspectos da legislação antitruste, com foco nos atos de concentração, no intuito de esclarecer os critérios usados pelo Estado brasileiro para permitir ou recusar fusões e aquisições entre conglomerados econômicos. As inovações, trazidas pela Lei 12.529/11, no que tange à análise dos atos de concentração serão abordadas, assim como a questionável retirada, pelo legislador, do critério de “market share” do ordenamento jurídico. O papel da autarquia federal responsável por essa fiscalização, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) também será destacado.

* Advogada graduada pela Universidade de São Paulo, professora de Direito Administrativo e Constitucional; mestre pelo Centro Universitário Toledo (Araçatuba, SP).

Desde já, no entanto, é importante salientar que a intervenção indireta do Estado na concorrência, por meio de fiscalização do mercado, é um importante meio de disciplinar e defender as relações econômicas. É claro que esta intervenção não deve ser feita com um rigor absurdo, pois retiraria a liberdade do mercado afetando seu dinamismo e trazendo prejuízos. A exata definição dos limites da intervenção é o desafio a ser enfrentado.

2. Evolução histórica

Atualmente, a preocupação com os atos de concentração e o cumprimento das regras que regem o mercado é uma constante. No entanto, nem sempre foi essa a tônica adotada pelas políticas estatais. Ao longo dos anos, muitos modelos de Estado se sucederam e, em cada um deles, adotou-se um formato diverso, com maior ou menor intervenção estatal na seara econômica. A compreensão desse processo é de suma importância para o presente estudo.

2.1 O Estado Liberal

Pautado essencialmente na liberdade, o Estado Liberal, em termos econômicos, baseou-se no postulado da livre iniciativa, associado a um afastamento do Estado das questões econômicas. Como destaca Nagib Slaibi Filho (2004, p.862-863), o Estado Liberal era essencialmente *absenteísta*, de modo a deixar fluir as forças naturais do mercado, sem intervenção estatal no andamento da economia.

Merece destaque, nesse contexto, as ideias defendidas por Adam Smith (2017). Para ele a interação entre as pessoas associada a livre iniciativa acabaria por promover o bem-estar social. Isso porque cada cidadão, ao buscar o melhor para si, contribuiria para o progresso da sociedade, por meio de uma espécie de *mão invisível*.

Assim, de forma sintetizada, pode-se dizer que o liberalismo se pautava no funcionamento da economia sem qualquer intervenção estatal. Como destaca Leonardo Vizeu Figueiredo (2016, p.44), tendo por base jurídica o princípio da autonomia da vontade privada e o caráter absoluto dos direitos privados, como a propriedade e a liberdade, o liberalismo encontra na concepção de Adam Smith, pautada no *laissez-faire, laissez-passer*, sua base econômica.

É no final do século XIX e início do século XX que começam a surgir as primeiras preocupações com a necessidade de uma regulamentação da economia. Isso em razão do surgimento de grandes monopólios, que se caracterizaram como verdadeiros impérios. Talvez John Rockefeller e a Standard Oil seja o caso mais conhecido, mas é indiscutível que a ampla liberdade de mercado possibilitava o surgimento de grandes conglomerados de empresas cuja busca pelo lucro excessivo acarretava problemas como a elevação abusiva de preços e a exploração de trabalhadores.

Diante de tal contexto, o Canadá foi o primeiro país a normatizar, em 1889, a defesa da concorrência, visando “atacar arranjos ou combinações voltados a restringir o comércio mediante a fixação de preços ou a restrição da produção (cartéis), o que foi incorporado três anos depois ao primeiro Código Penal do Canadá” (GABAN; DOMINGUES, 2016, p.70). No ano seguinte, foi a vez dos Estados Unidos editarem o *Sherman Act*, a famosa lei antitruste americana. Tais legislações inspiraram normas antitruste em todo o mundo, inclusive no Brasil, onde, mais tarde, seria criado o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Sobre o *Sherman Act*, este importante instrumento normativo americano, merecem destaque as palavras de Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues (2016, p.71):

Essa norma é considerada como o mais significativo diploma legal antitruste, no qual se reagiu à concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos e onde também se procurou discipliná-la. Contudo, não se considera correto dizer que o *Sherman Act* é uma reação ao liberalismo econômico, mas sim instrumento de sua calibração, uma vez que visava, justamente, a corrigir as distorções trazidas pelo excesso de acumulação do capital criadas pelo próprio sistema liberal.

O surgimento dos grandes monopólios ocorre em um momento político instável, que culmina na Primeira Guerra Mundial e leva a discussões sobre a necessidade de uma maior intervenção estatal no cenário econômico.

1.2 Estado Social

Uma vez identificados os malefícios do liberalismo econômico, nota-se a necessidade de intervenção do Estado na economia com objetivo de assegurar a competitividade e uma atuação do mercado voltada para o bem-estar social. A preocupação com a necessidade de intervenção estatal na economia surge em uma época em que também começam a se destacar questões relacionadas aos direitos sociais dos cidadãos. Estava claro que o liberalismo econômico acentuava a exclusão social das classes menos favorecidas. Abusos nas relações trabalhistas, decorrentes da Revolução Industrial, eram constantes e a reação aos excessos levou ao desenvolvimento de um novo modelo de atuação estatal, com os olhos também voltados à justiça social. Marcos normativos fundamentais nesse período foram a Constituição Mexicana, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919.

Economistas como John Maynard Keynes (1982) começam a demonstrar a importância da intervenção estatal na busca do equilíbrio econômico, vez que o nível de emprego se deve muito mais às políticas governamentais econômicas do que aos comportamentos dos empresários.

Como aponta Leonardo Vizeu Figueiredo (2016, p.46-47), esse modelo de Estado mais intervencionista é claramente percebido a partir da criação das legislações an-

titruster e do programa, executado por Franklin Delano Roosevelt, nos Estados Unidos, conhecido como *New Deal*. Este se caracterizou como uma série de ações governamentais que visavam recuperar a economia norte-americana após a Grande Depressão.

Como destacam Fábio Guimarães Bensoussan e Marcus de Freitas Gouvêa (2017, p.28), ganha força a ideia de função social da propriedade; de contratos dirigidos, onde o Estado protege as partes mais fracas das relações e o direito do trabalho passa a ter tratamento próprio. Mercados passam a ser regulados e surgem políticas de proteção aos consumidores.

Todos esses avanços implicaram em uma grande ampliação da atuação estatal no setor econômico, com objetivo de intervir e corrigir os desequilíbrios do mercado, assegurando um patamar mínimo de dignidade aos trabalhadores e a redução das desigualdades. Ocorre que, uma vez colocado em prática, o Estado Intervencionista Social transfere uma série de obrigações positivas ao Poder Público, que passa a ter um amplo leque de atuação como investidor, empresário e prestador de serviços. A questão daí decorrente é a incapacidade econômica do Estado para manter um leque tão grande de atuações, o que conduz à crise e ao reconhecimento da ineficiência estatal.

Referindo-se ao contexto brasileiro, assim se manifesta Lucas da Rocha Furtado (2010, p.32):

No final da década de 1970 e, no Brasil, especialmente a partir do início da década de 1980, o resultado do processo verificado nos anos anteriores foi o imenso endividamento público e o agigantamento do Estado, cuja intervenção se fazia sentir em todos os setores da sociedade e da economia. O resultado foi o surgimento de um Estado grande, caro, ineficiente e fraco.

O fracasso do modelo de acentuada intervenção estatal na economia conduz à identificação da necessidade de repensar a forma pela qual deve se dar a intervenção estatal, vez que nenhum dos modelos anteriores conseguiu atender as demandas da sociedade. Ganha força a ideia de subsidiariedade e a noção de Estado Regulador.

2.3 Estado Regulador

Os problemas surgidos a partir da implantação de um Estado intervencionista social conduziram ao reconhecimento de que deveria haver “um retorno comedido aos ideais do liberalismo, sem, contudo, abandonar a necessidade de sociabilidade dos bens essenciais, a fim de garantir a dignidade da pessoa humana” (VIZEU, 2016, p.52).

Nas palavras de Lucas Rocha Furtado (2010, p.562): “A função principal do Estado passou a ser a de controlar, de incentivar, de coordenar e de fomentar as iniciativas

privadas, assumindo o Estado, portanto, papel subsidiário no processo de prestação de serviços públicos”.

Dessa forma, a intervenção direta na economia só seria admitida de modo excepcional, quando os agentes privados se mostrarem incapazes de atender as demandas sociais. A máquina pública deveria ser reduzida, de modo a atuar apenas quando efetivamente necessário. Entra em pauta a necessidade de desestatizar, repassar para a iniciativa privada tudo aquilo que puder por ela ser realizado. Como bem aponta Thiago Dellazari Melo (2017):

Tal situação ensejou a transposição da prestação de serviços públicos e atividades econômicas do Estado para a iniciativa privada. Com isso, a atuação estatal ativa, através da exploração direta de serviços públicos pelo próprio Estado, começa a ser substituída por uma atuação estatal fiscalizatória e normativa sobre a iniciativa privada que explora a prestação dos serviços públicos concedidos pelo Estado. É delineado um novo modelo de Estado, em substituição ao Estado Social, ao invés de prestar diretamente serviços públicos e executar atividades econômicas, o Estado assume as funções de planejamento, regulação e fiscalização, sendo chamado agora de “Estado Regulador”.

A atuação do Estado Brasileiro como agente regulador da economia tem previsão no artigo 174 da Constituição Federal, incumbindo-lhe a adoção de um conjunto de medidas que visem incentivar, fiscalizar e influenciar o comportamento dos agentes econômicos, a partir dos parâmetros traçados pela Carta Maior.

Nesse contexto, incumbe ao Estado, entre outras atuações, criar normas que protejam a livre iniciativa, a livre concorrência, o consumidor, o mercado e fiscalizar o cumprimento destes dispositivos pelos agentes econômicos. A legislação de defesa da concorrência e o Código de Defesa do Consumidor são importantes instrumentos de regulação da economia.

3. A defesa da concorrência no Brasil

No Brasil, a liberdade econômica passa a ser efetivamente uma preocupação a partir da Constituição de 1934, segundo a qual a ordem econômica deveria ser organizada com base nos princípios da justiça e nas necessidades da vida nacional, de modo a possibilitar a todos uma existência digna.

No entanto, é apenas com a Constituição de 1946 que a repressão ao abuso de poder econômico passa a constar do texto constitucional. Em 1962, o dispositivo constitucional foi regulamentado, por meio da Lei 4.137, que definiu as condutas que infringiam o regramento constitucional e criou o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), cuja função seria a apuração e repressão aos abusos de poder econômico.

A atuação inicial do CADE foi extremamente tímida, beirando a inexistência. Como esclarecem Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues (2016, p.84):

Não foi significativo o número de averiguações preliminares durante a vigência da Lei 4.137/62, uma vez que, até 1975, apenas onze processos foram julgados pelo CADE. Nas palavras de Bandeira, naquele período: "(...) o CADE, em todos os seus anos de existência sempre se caracterizou pela inoperância, jamais tomando qualquer atitude para coibir os abusos do poder econômico, que lhe chegaram ao conhecimento".

É somente após a Constituição de 1988, que o Brasil passa a disciplinar, de modo mais sistemático e estruturado, a legislação antitruste. Em seu capítulo voltado à ordem econômica, vários princípios são assegurados. Para fins desse artigo, destacam-se a livre concorrência e a proteção ao consumidor. Da forma em que foi delimitada em nossa Carta Maior, a livre concorrência não é uma liberdade para que o mercado atue sem regramentos, nos moldes extremos do liberalismo econômico, e sim, uma exigência de manutenção de índices concorrenciais com o objetivo de assegurar uma dinâmica de mercado que possibilite a efetivação da justiça social. A Constituição estabelece, em seu artigo 173, §4º, que devem ser reprimidos eventuais abusos de poder econômico, de modo que a chamada livre concorrência encontra limites no próprio conjunto de princípios estabelecidos como base da ordem econômica constitucional. Como esclarece Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

A livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a preço mais baixo. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração do poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada. (FERRAZ JÚNIOR apud GRAU, 1997, p.232)

A tutela da livre concorrência mostra-se de fundamental importância pois possibilita que os consumidores consigam produtos com o menor preço possível, fornecedores obtenham ampla liberdade para empreender suas atividades econômicas e que o mercado alcance maior eficiência, de modo a contribuir para a construção de uma sociedade justa e solidária (FRADE; BARACHO, 2013).

Marco na regulamentação da defesa da concorrência no Brasil foi a Lei 8.884/94 que, além de definir os atos contrários à ordem econômica, transformou o CADE em autarquia federal, ampliando sua autonomia. Em 2011, após o reconhecimento de que a Lei 8.884/94 possuía algumas falhas importantes, foi editada a atual legislação de defesa da concorrência, a Lei 12.529/11, que fortalece o controle das estruturas e das condutas anticoncorrenciais. Trazendo medidas modernas, por exemplo, a

análise prévia dos atos de concentração, coloca o Brasil entre os países que mais modernizaram sua legislação antitruste nos últimos anos.

É claro que ainda existem problemas. Os conceitos indeterminados da lei podem conduzir a intrincados debates interpretativos, mas não resta dúvida de que o Brasil tem mostrado sólidos avanços no que diz respeito a uma legislação efetivamente protetiva da concorrência.

O foco desse estudo está na forma como a legislação brasileira trata e analisa os chamados atos de concentração, que será analisado a seguir.

3.1 Os atos de concentração

A preocupação com os atos de concentração de empresas decorre do potencial que essas uniões têm de gerar aumento de poder econômico associado à redução da concorrência, o que pode acarretar prejuízos aos consumidores, à livre iniciativa e à economia. Isso não significa que todo ato de concentração seja prejudicial, e sim, que há uma tendência natural a violar os princípios resguardados pelo Direito Econômico, razão pela qual devem ser criteriosamente analisados.

Como alerta Paula Forgioni (2013, p.394-395):

(...) muitas vezes, a concentração tende a diminuir o grau de competição no mercado, por atribuir poder econômico à empresa. Com isso, reduz-se o estímulo ao corte de preços, à inovação, ao incremento de qualidade etc. Não é por outro motivo que parte da doutrina refere-se à concentração como um “efeito autodestrutivo do mercado”, apto à levar o sistema econômico às crises. Outros apontam a concentração como “falhas do mercado”, pois é capaz de prejudicar o bom fluxo de relações econômicas, presidido pela concorrência.

De outra parte, é igualmente correto pressupor, em certas hipóteses, ser a concentração capaz de trazer inovação e desenvolvimento. A competição entre menor número de agentes também pode ser vigorosa, ainda mais se as empresas forem saudáveis, com recursos para investir na conquista de clientela e na superação de seu controle.

Segundo o artigo 90 da atual legislação antitruste brasileira, são atos de concentração a fusão de empresas; a aquisição do controle ou parte de uma ou outras empresas; a incorporação de empresas e a celebração de contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

3.1.1 Controle prévio: o grande avanço

O controle sobre tais atos passou por uma alteração significativa com o advento da Lei 12.529/11. Isso porque, até então, sob a égide da Lei 8.884/94, apesar de já se

exigir a submissão à apreciação do CADE dos atos que pudessem limitar ou prejudicar a concorrência, era permitida tanto a apresentação prévia como a apresentação no prazo de 15 dias úteis da efetivação do ato de concentração. A possibilidade legal de comunicar o ato de concentração ao CADE no prazo de 15 dias úteis após a sua realização fazia com que as empresas só o notificassem quando o negócio já estava concluído, o que gerava grandes entraves para um eventual desfazimento.

Como assinala Júlia Mendes de Carvalho (2013, p.139), muitas operações empresariais eram implementadas sem o pronunciamento da autarquia responsável pela defesa da concorrência. Havia dispendioso gasto de recursos e tempo no controle posterior das notificações apresentadas e na busca de obtenção de meios legais que evitassem a integração de negócios que, do prisma estatal, poderiam trazer algum tipo de dominação de mercados.

Nesse aspecto, a Lei 12.529/11 trouxe significativo avanço. Ao estabelecer a necessidade de controle prévio dos atos de concentração, impossibilitou que as empresas concretizassem suas uniões antes da decisão favorável da autarquia. Tal avanço “coloca o Brasil na linha da experiência internacional e impede a ocorrência de prejuízos econômicos resultantes de desfazimento, a mando do CADE, de operação de união empresarial já concluída pelas empresas participantes do ato de concentração econômica” (FIGUEIREDO, 2016, p. 261).

Importante salientar que nem todos os atos de concentração são de comunicação obrigatória. Pela sistemática adotada pela Lei 12.529/11, em seu artigo 88, utiliza-se o modelo de dupla trava cumulativa, de modo que serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração que preencherem, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais); e;

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais).

Os valores acima foram estabelecidos pela Portaria Interministerial 994, de 30 de maio de 2012, dos Ministérios da Justiça e da Fazenda, nos termos do §1º do art.88 da Lei 12.529/11. Se as empresas envolvidas no ato de concentração não atenderem a esses requisitos, o ato não é de comunicação prévia obrigatória. Isso, no entanto, não impede o CADE de requerer a submissão de qualquer ato de concentração, no prazo de um ano a contar da data da sua consumação (art. 88, §7º da Lei 12.529/11).

A eventual consumação do ato de concentração, cuja comunicação prévia seja obrigatória, sem anuência do CADE, caracteriza o que a doutrina vem chamando de *gun jumping*, conduta que submete os envolvidos a uma possível declaração de nulidade da operação, além de multa e eventual abertura de processo administrativo. Dessa forma, as empresas envolvidas em atos de concentração devem manter as condições competitivas inalteradas enquanto não houver manifestação da autarquia. De acordo com o guia para análise da consumação prévia dos atos de concentração econômica, publicado pelo CADE (2015), os cuidados para análise e caracterização do *gun jumping* devem estar voltados especialmente para os seguintes pontos: troca de informações entre agentes econômicos envolvidos em um determinado ato de concentração; definição de cláusulas contratuais que regem as relações entre agentes econômicos e atividades das partes antes e durante a implementação do ato de concentração.

Uma certa dose de troca de informações é esperada entre empresas que pretendem se unir, no entanto, antes da aprovação do CADE, não deve haver abuso na transmissão dessas informações, de modo a preservar os dados concorrencialmente sensíveis. No que tange às cláusulas contratuais que vão reger as relações entre as empresas e disciplinar os mecanismos de integração, elas não podem possibilitar a união prematura das atividades dos envolvidos, de modo a preservar a concorrência entre elas enquanto a concentração não for devidamente autorizada. Por fim, as partes não podem realizar nenhum ato que antecipe a concentração, tais como transferência de ativos, exercício de direito de voto, entre outros.

A título de ilustração, em 2013, o CADE condenou a OGX a pagar R\$ 3.000.000,00 (três milhões) pela prática de *gun jumping* na aquisição de quarenta por cento da participação da Petrobrás no bloco BS-4, na Bacia de Santos, sem prévia comunicação.

3.1.2 Eliminação do critério de incidência do *market share*

Apesar dos claros avanços introduzidos em nossa legislação a partir de 2011, alguns pontos da lei são questionáveis. A antiga Lei 8.884/94, em seu artigo 54, §3º, previa que deveriam ser submetidos ao CADE não apenas os atos de concentração cujos participantes movimentassem determinada quantia em faturamento bruto, mas também aqueles que resultassem na concentração de 20% ou mais de um mercado relevante. Esse último critério, fundado no grau de participação da empresa no mercado, é conhecido como *market share* e foi eliminado na Lei 12.529/11.

Assim, sob a vigência da Lei 8.884/94, os atos de concentração que resultassem em domínio de 20% ou mais do mercado deveriam ser submetidos ao CADE. Pela legislação atual, isso só ocorre se as empresas envolvidas apresentarem faturamento dentro dos parâmetros legais. Essa postura possibilita que agentes econômicos, que não alcancem o faturamento necessário para exigir a comunicação prévia ao CADE

do ato de concentração, exerçam posição dominante em pequenos mercados, às vezes um Município ou até mesmo um bairro, sem que haja qualquer forma de controle preliminar.

Conforme assinala Raquel Araújo Lima (2017):

Assim, com essa nova regra, o CADE acabará avaliando somente as grandes fusões, em detrimento das pequenas, favorecendo maior concentração econômica, concomitantemente, na criação de monopólios e oligopólios em determinadas regiões, uma vez que não obrigatória, nesse caso, a análise. Exemplo disso pode-se citar empresas que detenham o monopólio em bairros, municípios ou em pequenas regiões, como supermercados, postos de combustíveis, drogarias, faculdades e universidades privadas, clínicas e hospitais. Ou mesmo determinadas regiões geográficas, como o nordeste que, historicamente, constitui região que contém uma maior concentração de produção e de renda, em detrimento de outras regiões no entorno do sistema econômico nacional. Como consequência direta desse novo comportamento, o desenvolvimento econômico e a redução das desigualdades sociais e regionais (CF, art. 3º, II e III e art. 170, VII), que são fundamentos do Estado brasileiro, serão afetados.

Note-se que a principal razão para a alteração legislativa foi a supressão da submissão obrigatória de infrações consideradas sem potencial ofensivo, com intuito de dar celeridade às decisões da autarquia. A exclusão do critério de *market share*, no entanto, parece ser um erro. Isso porque essa atitude desloca o controle prévio dos atos de concentração apenas para os mercados mais relevantes, onde atuam as empresas de maior faturamento. O princípio constitucional da livre concorrência tutela todos os mercados, do menor ao mais relevante, razão pela qual deveriam receber o mesmo tratamento protetivo.

3.2 Processo administrativo de análise dos atos de concentração

A análise dos atos de concentração, quando submetidos ao CADE, observa três etapas fundamentais: verificação do mercado relevante; análise da estrutura e do nível de concentração do mercado e a apreciação dos efeitos dos atos concentracionistas (BENSOUSSAN; GOUVÊA, 2017, p.799).

O conceito de mercado relevante é indeterminado. Delimitar o que é mercado relevante é um trabalho difícil e de suma importância para a apreciação do que seria de fato um problema concorrencial. Pela definição dada pelo próprio CADE (2017), em seu portal, “mercado relevante é a unidade de análise para avaliação do poder de mercado. É o que define a fronteira da concorrência entre as firmas”.

Dois aspectos são fundamentais na definição do mercado relevante: o geográfico e o material. A chamada dimensão geográfica do mercado relevante busca identificar o

alcance territorial que determinado agente econômico é capaz de alcançar. Enquanto algumas empresas se limitam a alguns bairros de uma cidade, outras atendem a cidade inteira e há aquelas com alcance nacional e, até mesmo, internacional. Saber o alcance da atuação da empresa é o primeiro passo fundamental no sentido de efetuar um controle eficiente dos atos de concentração. Isso porque “apenas podem concorrer produtos dentro de um espaço geográfico nos limites do qual a atividade da oferta seja economicamente vantajosa e ao qual tenham acesso os mesmos consumidores ou clientes” (GABAN; DOMINGUES, 2016, p.108).

A dimensão material do mercado relevante, por sua vez, se refere à natureza do bem ou serviço. Sob esse aspecto, considera-se que cada produto concorre apenas com outros com os quais guardem alguma similaridade, de modo que possam ser por estes substituídos.

Nas palavras de Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues (2016, p.109):

(...) a delimitação do mercado relevante leva em consideração a possibilidade de substituições do lado da procura (demanda), em que se avalia a possibilidade dos consumidores substituírem o produto em questão por outro em caso de um aumento significativo e não transitório de preços do primeiro. E também do lado da oferta, avaliando-se a possibilidade de novos produtores, atuantes em mercados próximos (em termos geográficos ou de produtos contíguos), ingressarem no mercado onde o preço daquele produto tenha sofrido um aumento significativo e não transitório. Ou, ainda, numa situação menos comum, considera-se a possibilidade dos consumidores se deslocarem às áreas geográficas vizinhas para adquirir os produtos ou serviços em questão.

O objetivo da definição de mercado relevante é delimitar o universo de produtos e o espaço geográfico que será considerado para fins da avaliação da conduta antitruste.

Uma das formas utilizadas pelo CADE para analisar mercado relevante é o “Teste do monopolista hipotético”. Por este critério busca-se identificar a capacidade do agente econômico aumentar o preço de seus produtos por longos períodos de tempo, elevando seus lucros, sem que esse comportamento gere a entrada de novos concorrentes no mercado.

Apesar dos mecanismos criados pelos órgãos de defesa da concorrência, nem sempre é possível definir com certeza o mercado relevante. As dificuldades práticas de delimitação são extremas, vez que surgem complicações na identificação das delimitações geográficas e materiais da concorrência. Apesar do esforço dos doutrinadores de apontar caminhos para definição do mercado relevante, é frequente este ser identificado por indícios.

A análise do nível de concentração do mercado é o segundo passo importante na verificação dos atos de concentração. O objetivo é identificar o impacto que a união

das empresas terá no mercado. Assim, se apesar da fusão os níveis de concorrência permanecerem elevados, vez que existem outros concorrentes fortes no setor, não há razões para impedir a concentração das empresas. No entanto, se o número de empresas concorrentes em certo mercado relevante já for reduzido, a união de parte delas poderá acarretar grandes prejuízos aos consumidores em razão da redução da competitividade.

A apuração dos índices de concorrência é um desafio para a teoria econômica e os economistas. Estes utilizam técnicas como o HHI (Herfindhal-Hirschman Index), cuja explicação sobre a forma de cálculo foge dos limites desse trabalho, para verificar se o mercado está muito ou pouco concentrado.

A partir da definição do mercado relevante a ser considerado e do índice de concentração ali presente o CADE pode decidir acerca da regularidade da união a ele submetida. Assim, caso verifique que a concentração no mercado estudo será excessiva, podendo implicar em eliminação da concorrência, criação ou reforço de posição dominante ou dominação de mercado, ele deve, em princípio, rejeitar a concentração das empresas.

Há situações, no entanto, em que apesar da união das empresas acarretar certo potencial anticompetitivo, a concentração pode ser aprovada. Para tanto é preciso que o ato resulte em aumento da produtividade, melhora da qualidade dos bens ou serviços, aprimoramento da eficiência ou do desenvolvimento tecnológico e que sejam repassados aos consumidores parte relevantes desses benefícios (art.88, §6º da Lei 12.529/11). Como esclarecem Fabio Guimarães Bensoussan e Marcus de Freitas Gouvêa (2017, p.807), a lei permite apenas a concentração que gere eficiência, que pode ser alcançada, alternativamente, por meio de aumento de produtividade ou competitividade, melhoria da qualidade de bens e serviços ou pelo desenvolvimento tecnológico. A geração de eficiência, no entanto, não é suficiente para justificar a aprovação de um ato de concentração. É necessário que se preencha, cumulativamente, o requisito de repasse de parte dessa eficiência ao consumidor.

Ainda é possível que o CADE opte por aprovar o ato com restrições. Nessa hipótese, ele pode determinar que sejam adotadas medidas com objetivo de mitigar os eventuais efeitos nocivos do ato de concentração. Entre as referidas medidas estão a venda de ativos; a cisão da sociedade; a alienação do controle societário entre outras.

Como bem argumenta Leonardo Vizeu Figueiredo (2016, p.259), deve-se proceder a uma análise da relação de custos e benefícios dos atos de concentração, podendo ser aprovados aqueles que gerarem efeitos líquidos não negativos para o bem-estar econômico e reprovados ou submetidos a medidas corretivas aqueles que gerarem efeitos líquidos negativos para o mercado.

4. Exemplos de controle impeditivo de atos de concentração

A adoção da dinâmica do controle prévio dos atos de concentração contribuiu para tornar a fiscalização mais efetiva e tem levado um grande número de fusões e aquisições a ser analisado pela autarquia. No ano de 2017, a autarquia apreciou, até o mês de novembro, 297 atos de concentração (CADE, 2017a).

A grande maioria resultou em aprovação sem restrições. Dois atos de concentração foram rejeitados, e merecem detalhamento, em razão de sua relevância: a fusão entre a Kroton e a Estácio e a união entre os grupos Ipiranga e Alesat Combustíveis.

O caso envolvendo os grupos educacionais Kroton e Estácio gerou grande repercussão. Isso porque trata-se de uma das maiores operações já vetadas pela autarquia. A Kroton é dona de marcas como a Anhanguera, a Pitágoras e a UNOPAR, conhecidas no meio educacional. A negociação previa a compra da Estácio pela Kroton, criando um grupo empresarial com valor de mercado de cerca de R\$ 30 bilhões. Os estudos sobre a concentração de mercado, indicados no voto da relatora do processo 08700.006185/2016-56, que tramitou no CADE, demonstraram que a fusão entre as empresas levaria à formação de um grupo responsável por 46% do mercado referente ao ensino superior a distância no Brasil, ou seja, quase metade dos alunos nessa modalidade de ensino. No mercado de educação presencial, o domínio seria de cerca de 17%. Sabe-se que grupos educacionais têm comprado concorrentes menores, sendo que, entre 2001 e 2015, houve 62 atos de concentração, dos quais 20 foram da Kroton e 19 da Estácio. Atualmente as empresas ocupam o primeiro e o segundo lugar no ranking de número de alunos e, uma das principais preocupações é que fusões nesse setor tendem a afetar a qualidade do ensino oferecido.

A conselheira relatora, Cristiane Alkmin, manifestou-se pela aprovação com restrições. Em sua forma de entender a questão, alunos e o mercado educacional poderiam ser beneficiados pelas eficiências decorrentes do negócio, desde que observadas algumas condições. Destacaremos aqui algumas delas: proibição de novas compras de instituição de ensino superior, com número de alunos superior a 10 mil, pela Kroton, nos próximos cinco anos; vedação da publicidade em televisão, pela Kroton, por um ano; alienação da marca Anhanguera, com um conjunto de ativos de 263 mil alunos; alienação dos ativos completos da Uniderp entre outros. Nas palavras da própria relatora:

Com os remédios, o mercado fica MAIS COMPETITIVO, não menos. No EAD, a Kroton que tem uma participação nacional de 37% passaria para 35% (sem os remédios seria 46%), ou seja, a sua participação no EAD seria reduzida. No presencial, a Kroton, que tem uma participação nacional de 10%, passaria para 14% (sem os remédios seria 17%). No total, a Kroton, que tem uma participação nacional de 16%, passaria para 19% (sem os remédios seria 23%), logo, abaixo

dos 20% considerados como preocupante pela ótica antitruste. (CADE, 2017b)

Tais argumentos não prosperaram. Por cinco votos a um, a negociação foi rejeitada. Os demais conselheiros consideraram o elevado índice de concentração que decorreria do negócio, inclusive com possibilidade de formação de monopólio em algumas localidades, e reprovaram a união. Os remédios propostos foram considerados insuficientes para solucionar todos os problemas concorrenciais envolvidos na negociação. O Conselheiro Gilvandro Araújo destacou o fato de que ainda estão sendo cumpridas as restrições impostas quando da fusão da Kroton com a Anhanguera, de modo que a aprovação da concentração entre a Kroton e a Estácio geraria uma sobreposição de remédios.

A decisão do CADE foi benéfica ao mercado, à concorrência e, principalmente, aos alunos. Educação é um setor sensível. Muitos aspectos precisam ser considerados, antes de permitir que as gigantes do setor continuem a ampliar seu alcance. Inicialmente, é preciso considerar o quão preocupadas estas empresas estão com a qualidade do ensino que oferecem em comparação ao lucro obtido. Há também a probabilidade de a redução da concorrência conduzir a um aumento das mensalidades. O risco de monopólio no setor educacional deve ser combatido com veemência. Um único grupo não pode formar a ideologia, o modo de pensar, as bases e valores filosóficos de quase metade dos jovens matriculados na educação superior a distância. Educação exige pluralidade de ideias e debates intelectuais. Para isso, quanto mais ampla a concorrência, melhor para o mercado e para os alunos.

Em entrevista dada ao jornal Folha de São Paulo em 11 de dezembro de 2017, Chaim Zaher, maior acionista individual da Estácio até agosto de 2017, quando saiu da empresa, assim se manifestou quando perguntado sobre eventual toxicidade da mistura entre capital financeiro e qualidade de ensino:

Eu era o maior acionista da Estácio e nunca consegui agir. Essa foi a minha frustração. Eles enxergam acionista relevante como um pecado, que pode definir o rumo da instituição, que vai pensar a médio e longo prazo. Mas médio e longo prazo não condiz com o mercado financeiro que quer resultado de curto prazo.

Não estou dizendo que eles estão errados. O executivo ganha por buscar resultado e valorizar a ação. Muitas vezes isso fere um pouquinho a qualidade. Tem instituição que corta tanto custo, falta até papel higiênico para o aluno. A médio e longo prazo isso detona a instituição. Esses acionistas que querem resultado saem daqui a pouco, pegam outra coisa e vão embora. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2017)

Este trecho da entrevista com Chaim Zaher mostra o quão delicada é relação mercado e educação de qualidade, reforçando o acerto da decisão do CADE de impossibilitar a união da Estácio com o grupo Kroton.

O segundo caso emblemático julgado esse ano foi a pretensão de aquisição, pela Ipiranga, das ações representativas da integralidade do capital social da Alesat Combustíveis S.A. O caso, mereceu grande atenção do CADE, tendo em vista que o setor de combustíveis tem se mostrado extremamente propenso à formação de cartéis. As grandes distribuidoras têm crescido, nos últimos anos, a partir de um processo continuado de fusões e aquisições de importantes grupos, que tinham expressiva participação no mercado. Como assinala o próprio Conselheiro relator, o CADE vem aprovando essas uniões e é preciso considerar o impacto que esse fenômeno causa no mercado. Em seu voto, lembra que o mercado de grandes distribuidoras nacionais foi reduzido de sete para três *players* (Ipiranga, Petrobrás e Raízen) a partir da saída de empresas como AGIP, TEXACO, ESSO e REPSOL. Apesar da Alesat não ser considerada uma distribuidora nacional, e sim, regional, a empresa está em ascensão e apresenta crescimento considerável no mercado, com potencial para rivalizar com as grandes distribuidoras.

O CADE considerou o impacto que essa operação, no mercado de distribuição, teria no mercado de revenda de combustíveis, especialmente na capacidade concorrencial dos postos de bandeira branca abastecidos, atualmente, pela Alesat Combustíveis. Como afirmou o Conselheiro relator, João Paulo de Resende, em seu voto: “A operação elimina, em grande parte dos mercados analisados, a principal distribuidora capaz de abastecer postos interessados em permanecer como bandeira branca ou em ter uma alternativa negocial de embandeiramento às três grandes distribuidoras de nível nacional” (CADE, 2017c).

Os Conselheiros não encontraram eficiências capazes de neutralizar os efeitos lesivos à ordem econômica, de modo que o ato de concentração foi reprovado por unanimidade.

A análise das eficiências e dos benefícios que esta pode ter para os consumidores é, portanto, um importante parâmetro para a aprovação dos atos de concentração.

5. Conclusão

A necessidade de aprovação prévia do CADE dos grandes atos de concentração é uma forma de intervenção indireta do Estado na seara econômica bastante relevante. Por meio dessa análise é possível verificar o impacto que algumas fusões, aquisições e incorporações teriam no mercado, sob a ótica dos benefícios e dos malefícios que a união produziria.

Um Estado que zele pela manutenção de um mercado competitivo deve ponderar os prós e contras de determinadas concentrações, de modo a admitir apenas aquelas

que não oferecem risco de grande dominação de mercado ou prejuízos ao consumidor.

Ocorre que a lei é branda no que diz respeito aos valores envolvidos para que a concentração seja obrigatória. Se não forem obedecidos, cumulativamente, os requisitos de uma das empresas ou grupos envolvidos ter registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país equivalente ou superior a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões) e pelo menos um outro grupo envolvido na operação ter registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total equivalente ou superior a R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões), a questão não é de análise prévia obrigatória. A ausência do critério de *market share* em nosso ordenamento é uma falha grave no sistema. Essa opção legislativa possibilita que empresas como a Estácio, que teve seu pedido de união com o grupo Kroton negado pelo CADE, opte por adquirir outras empresas de menor porte, aumentando paulatinamente sua concentração de mercado sem a necessidade de análise prévia do CADE.

É preciso extrema atenção com esse movimento. Em especial no setor educacional a concentração excessiva e a formação de grandes grupos mostram-se extremamente prejudiciais à qualidade do ensino e dos profissionais que estão sendo formados. A lei faculta ao CADE, no prazo de um ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem nos parâmetros da análise prévia. Se não é possível rever e diminuir os valores necessários para que a submissão prévia da união seja obrigatória, devido ao grande número de situações que precisariam ser analisadas pelo CADE, impõe-se que a autarquia exerça sua prerrogativa de avaliar as pequenas concentrações que estão ocorrendo com objetivo de dominação de mercado, e cuja forma de execução dribla o sistema de dupla trava cumulativa. Trata-se de medida de extrema importância para o mercado, para os consumidores e para a preservação dos princípios que regem a ordem econômica brasileira.

6. Referências bibliográficas

BANDEIRA, Moniz. *Cartéis de desnacionalização*. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

BENSOUSSAN, Fabio Guimarães; GOUVÊA, Marcus de Freitas. *Manual de Direito Econômico*. Salvador: Ed. JusPodvm, 2017.

CADE. *Guia para análise da consumação prévia de atos de concentração econômica*. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf Acesso em 22 de nov. 2017.

- CADE. *O CADE em números*. Disponível em: <https://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Pai-nel%2FCADE%20em%20N%C3%BAme-ros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true> Acesso em 24 nov. 2017a.
- CADE. *Ato de concentração ordinário 08700.006185/2016-56*. Conselheira Relatora Cristiane Alckmin, 2017. Disponível em: http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?H4iju9A_qZ80yLP-zqXZB6EZWYZhNT6D2ORzACgt33iRsx00vPSFVA0I0c7PclkjnzBW-tdJzWQQ78sszzeAas6Q,, Acesso em 24 nov.2017b.
- CADE. *Ato de concentração ordinário 08700.006444/2016-49*. Conselheiro Relator João Paulo de Resende, 2017. Disponível em: http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynClZls_rHQcc3fMu8l2htJ1ahuckyi_C139hTsutSj3lu9xJUt-OnkOkM8QiaJuwz3d4r7aqFx4h40A,, Acesso em 25 nov. 2017c.
- CARVALHO, Julia Mendes. *A nova lei da concorrência e o impacto de suas mudanças nas análises de atos de concentração pelo Cade*. RDC, Vol. 1, n° 2, Novembro 2013, pp. 134-148. Disponível em: revista.cade.gov.br/index.php/revista-defesadaconcorrenca/article/download/86/74. Acesso em 22 de novembro de 2017.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 9 ed. Rio de Janeiro:Forense, 2016.
- FOLHA DE SÃO PAULO. *Corte de professores da Estácio afetou imagem das reformas, diz ex-acionista*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/12/1942319-corte-em-faculdade-afetou-a-imagem-das-reformas.shtml> Acesso em 12 dez. 2017.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2013.
- FRADE, Eduardo Silveira; BARACHO, Hertha Urquiza. A nova definição de atos de concentração e sua relevância na consecução dos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência. *Constituição, Economia e Desenvolvimento:Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2013, v.5, n.9, jul-dez., p.412-432.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. Belo Horizonte:Forum, 2010.
- GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 4ed. São Paulo:Saraiva, 2016.
- GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo:Malheiros, 1997.

- KEYNES, John Maynard. *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo:Atlas, 1982.
- LIMA, Raquel Araújo. O novo sistema brasileiro de defesa da concorrência - SBDC – à luz da Lei nº 12.529/11: concentração econômica em contrariedade ao desenvolvimento e à redução das desigualdades sociais e regionais. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=63c6598e9ddd2961> Acesso em 23 de nov.2017.
- MELO, Thiago Dellazari. *Do Estado Social ao Estado Regulador*. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, 2010. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/download/1244/1203> Acesso em 21 nov.2017.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. 4 ed. Rio de Janeiro:Forense, 2004.
- SMITH, Adam. *A riqueza das nações: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Trad. Norberto de Paula Lima, 4 ed., Rio de Janeiro:Nova Fronteira, 2017.