

**ALESSANDRA DESLANDES FOGIATO**

**O PODER ECONÔMICO E A CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS**

**Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Edson Isfer**

**Curitiba  
2003**

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**ALESSANDRA DESLANDES FOGIATO**

***O PODER ECONOMICO E A CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS***

MONOGRAFIA APROVADA COM REQUISITO PARCIAL PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE BACHAREL EM DIREITO, NA FACULDADE DE DIREITO, SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ, PELA BANCA EXAMINADORA FORMADA PELOS PROFESSORES:

Orientador:

  
Prof. Edson Isfer  
Departamento de Direito Privado, UFPR

  
Prof. Márcia Carla Pereira Ribeiro  
Departamento de Direito Privado, UFPR

  
Prof. Carlos Joaquim de Oliveira Franco  
Departamento de Direito Privado, UFPR

Curitiba, 03 novembro de 2003

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	05
<b>2. O FENÔMENO DA CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS</b>	07
2.1 DELIMITAÇÃO DO FENÔMENO	07
2.2 A CONCENTRAÇÃO COMO PROTEÇÃO DA SOBERANIA DO MERCADO NACIONAL	10
<b>3. AS FORMAS DE CONCENTRAÇÃO</b>	13
3.1 CLASSIFICAÇÃO DAS FORMAS DE CONCENTRAÇÃO	13
3.2 MEIOS JURÍDICOS DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS	15
3.2.1 A Incorporação	15
3.2.2 A Fusão	16
3.2.3 A tomada de controle acionário	16
3.2.4 O Conglomerado	19
3.2.5 A <i>Joint Venture</i>	22
<b>4. A ORDEM ECONÔMICA E A REGULAÇÃO ANTITRUSTE BRASILEIRA</b>	24
4.1 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO	24
4.1.1 O Princípio da Livre Iniciativa	24
4.1.2 O Princípio da Livre Concorrência	28
4.1.3 O Princípio da Continuidade da Empresa	30
4.1.4 O Princípio da Função Social da Empresa	32
4.2 CRITÉRIOS ECONÔMICOS RELEVANTES NA REGULAÇÃO ANTITRUSTE	36
<b>5. EFEITOS DA CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS</b>	43
5.1 As vantagens e desvantagens dos movimentos concentratórios	43
<b>6. CONCLUSÃO</b>	49
<b>7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	52

## RESUMO

Estudo das alterações societárias através das quais ocorre a concentração de empresas e do aumento do poder econômico que geram por consequência, apontando sua importância, bem como os princípios que devem reger seu exercício. Análise das teorias econômicas de defesa e crítica da adoção da concentração como opção de política econômica e sua relevância na manutenção da soberania do mercado interno nacional.

Palavras-chave: mercado, sociedade, poder, abuso, liberdade, concorrência, social.

## 1. INTRODUÇÃO

A concentração de empresas é um dos temas mais relevantes no campo do Direito nos últimos tempos. Esta tendência explica-se, fundamentalmente, pela concorrência cada vez mais acirrada entre as sociedades e pelo fato dela impor a otimização da produção e do funcionamento dos agentes econômicos, a fim de reduzir os custos de produção e, por conseguinte, colocar no mercado produtos mais competitivos e que agreguem o máximo de valor possível.

A globalização é um fenômeno que aprofunda ainda mais o processo de exploração das forças produtivas do capitalismo, criando o que Eros Roberto Grau denominou “ordem econômica internacional”<sup>1</sup>, através da qual os Estados desenvolvidos buscam nos subdesenvolvidos as parcelas de mais-valia já não coletáveis em seus mercados internos, cuja capacidade de consumo consta saturada.

Economistas, práticos do Direito Econômico e estudiosos do Direito Societário se debruçaram sobre o assunto para analisar os efeitos da concentração de empresas na estrutura do mercado e nos mecanismos de concorrência, bem como os limites da livre iniciativa e da continuidade da empresa.

No campo do Direito Econômico, o estudo cinge-se aos potenciais resultados do aumento do Poder Econômico decorrente da concentração de empresas: ao modificar sua estrutura tendo em vista a otimização de processos internos, o agente econômico se torna capaz de manipular em seu favor os mecanismos de mercado e interferir na oferta, podendo impor sua própria política de preços, criar barreiras para a entrada de novos competidores e obstáculos à livre concorrência - daí porque o poder econômico, enquanto poder, deve ser delimitado pelo direito.

Aos estudiosos do Direito Econômico cumpre verificar qual dentre as escolhas políticas que envolvem um ato de concentração deverá prevalecer, porque capaz de proporcionar o maior lucro social, de acordo com a ideologia jurídica dominante.

---

<sup>1</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p.46.

Ao Direito Societário cabe a observação das formas de viabilização societária da concentração e o estabelecimento de uma justa composição entre os princípios da Continuidade da Empresa e da Livre Concorrência.

Quanto ao objeto de estudo das Ciências Econômicas, certamente que sairá dos lindes deste modesto trabalho de conclusão de curso, porém alguns de seus elementos serão visitados, possibilitando um entendimento mais completo do fenômeno comentado.

Dentro destas três perspectivas se desenvolverá o trabalho apresentado, evidenciando a inafastabilidade do poder econômico nas atuais estruturas de mercado, traçando parâmetros para o exercício deste poder em respeito aos princípios regentes da ordem econômica constitucional, e delineando as formas societárias, também chamadas estruturais, de realização da concentração de empresas.

Não se fará alusão neste trabalho ao exercício abusivo do poder econômico, tampouco menção às formas contratuais de concentração de empresas. Tais assuntos exorbitam os temas de nosso interesse, devendo ficar relegados ao âmbito do Direito Penal e do Direito das Obrigações.

## 2. O FENÔMENO DA CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS

### 2.1 Delimitação do fenômeno

A doutrina costuma distinguir dois critérios capazes de apontar a concentração de empresas: um que leva em conta somente as movimentações societárias e outro que considera os resultados econômicos efetivamente obtidos com a concentração. Se por um lado o critério jurídico é mais exato, não deixando margem a nenhuma situação com potencial concentratório, o critério econômico é mais amplo e eficiente, abrangendo tentativas de camuflagem de atos de concentração e considerando aspectos concretos e não meramente jurídicos.

Em seus estudos sobre a concentração de empresas, José Marcelo Martins Proença afirma serem necessários três elementos para a configuração de um ato de concentração: 1) a participação de pelo menos dois agentes econômicos autônomos, 2) a unificação da tomada de decisões destes sujeitos como resultado do ato, e 3) que tal unificação produza alterações não somente comportamentais nas sociedades envolvidas, mas também estruturais, de natureza gerencial ou patrimonial<sup>2</sup>. Estes elementos seriam suficientes para diferenciar a concentração de empresas dos acordos restritivos da concorrência.

De fato, não há que se confundir abuso do poder econômico com concorrência desleal. Certo que ambos possuem a mesma ambição: manipular o mercado para evitar que o consumidor exerça a livre escolha, mas os meios utilizados são distintos. Ao exercer abusivamente o poder econômico, o empresário manipula os mecanismos de preço para obter o domínio do mercado ou a eliminação da concorrência; ao praticar a concorrência desleal, utiliza-se de meios fraudulentos para desviar clientela em seu próprio proveito.

Paula Forgioni corrobora esta posição e argumenta serem distintos os bens jurídicos tutelados pelas normas antitruste e pelas normas de repressão aos atos

---

<sup>2</sup> PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.22.

anticoncorrenciais. Nestas, o bem imediatamente tutelado refere-se ao concorrente, ou seja, à disciplina da relação entre os agentes econômicos privados, enquanto naquelas, protege-se o mercado em si e a concorrência, visando primordialmente à manutenção dos interesses dos consumidores<sup>3</sup>.

Da mesma forma como abuso de poder econômico não se confunde com concorrência desleal, concentração de poder econômico não se confunde com concentração de empresas. A concentração do poder econômico ocorre quando o poder de mercado de duas ou mais sociedades passam a estar em uma só, o que pode decorrer de uma reestruturação societária. Porém, o simples fato de duas sociedades se integrarem não significa aumento considerável de sua participação no mercado, daí que nem sempre da concentração de empresas decorre aumento de poder econômico.

Por esta razão, Proença prefere utilizar-se da expressão “integração de empresas” em substituição da mais utilizada “concentração de empresas”, que trás consigo uma suposição de poder econômico, nem sempre confirmada. Esta, porém, não é a opinião mais aceita pela doutrina, como veremos no tópico referente às classificações das formas de concentração.

Ainda, para melhor compreensão das idéias abordadas neste estudo, cabe destacar que a empresa será considerada como organização do empresário para o exercício de sua atividade<sup>4</sup> profissional, ou como exercício coletivo da empresa, como quer Rachel Sztajn<sup>5</sup>, de acordo com seu perfil institucionalista, e que será mencionada principalmente como fator de produção capitalista, eleita politicamente como instrumento de desenvolvimento social.

Tal será o enfoque do trabalho em razão de sua perfeita adequação com a constituição das sociedades anônimas – principais envolvidas em processos de

---

<sup>3</sup> FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.243.

<sup>4</sup> BOITEUX, Fernando Neto. A função social da empresa e o Novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil n. 125, jan-mar/2002**, São Paulo: Malheiros, p.48.

<sup>5</sup> SZTAJN, Rachel. **Contrato de sociedade e formas societárias**. São Paulo: Saraiva, 1989, p.33.

concentração, e por ressaltar o papel da sociedade sobre o dos sócios, enfatizando como objetivo principal seu fortalecimento e não a fria realização do lucro. Nesta espécie societária, predominam os acionistas investidores sobre aqueles efetivamente interessados em exercer a atividade econômica, não se justificando, senão retoricamente, continuar a considerar a legislação que se ocupa de suas atividades como Direito do Comerciante ou Direito dos Atos de Comércio.

Nesta seara, aceitar a teoria contratualista da sociedade, ainda que não se reconheça a existência de interesses contrapostos<sup>6</sup>, impossibilitaria a defesa da tese a seguir desposada de que o contrato de sociedade, ao adquirir personalidade jurídica, passa a produzir efeitos sobre terceiros e desenvolver-se segundo interesses sociais, não somente individuais.

Há ainda que se destacar que o poder de controle na sociedade anônima pode ser detido por uma minoria acionária, legitimado mesmo que exercido por menos da metade do capital social votante, o que costuma ocorrer devido à pulverização da propriedade das ações e do absenteísmo nas assembléias dos acionistas investidores, testemunhando em favor da teoria institucional da sociedade anônima, como assevera Fabio Konder Comparato:

Se o poder de controle da empresa não mais se funda na titularidade acionária, e transcende de certa forma a vontade – individual ou coletiva – dos acionistas, parece impossível reduzir o mecanismo social aos modelos do contrato ou da propriedade privada. Estamos diante de uma personalização da empresa, subtraindo-a a qualquer vínculo de natureza real com os detentores do capital societário, e aproximando-a, até a confusão, de uma espécie de fundação lucrativa. E a instituição-empresa, dissolvendo completamente a *affectio societatis* original<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Como afirma FABIO KONDER COMPARATO, “o princípio majoritário, afinal, pressupõe necessariamente a unanimidade, pelo menos uma vez, no momento de constituição da sociedade, como postulado da razão social”. (**O poder de controle na sociedade anônima**. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.44.)

<sup>7</sup> COMPARATO, *ob cit*, p 54.

## 2.2 A concentração como proteção da soberania do mercado nacional

Na tentativa de se manterem competitivas, as sociedades investem cada vez mais em pesquisas tecnológicas, ofensivas campanhas de marketing, conquista de novos mercados e compartilhamento de riscos. A necessidade de custear estas despesas faz com que procurem novos caminhos de racionalização dos custos e dos processos de produção e distribuição, solução que não poucas vezes encontram na reestruturação societária.

Há ainda que se atentar para o fato de que o recrudescimento do capitalismo alçou a competição por mercados a um patamar internacional, de modo que as sociedades brasileiras não competem mais somente entre si, concorrendo também com agentes externos que contam com um arsenal de vantagens sobre elas. Solidez dos demais competidores no mercado, concorrência com produtos tecnologicamente mais avançados, produtores em escala<sup>8</sup>, altos custos de produção, aporte de capital para ter acesso a novos mercados e à captação de investimentos, sem mencionar as pressões de ordem política, são alguns dos fatores considerados barreiras à entrada no mercado e que, no Brasil, são superadas com mais dificuldade pelas sociedades nacionais.

Neste contexto, a concentração demonstra a intenção não de dominar mercados, mas de unir esforços em busca da eficiência e do fortalecimento da capacidade produtiva nacional. Nas palavras de Proença, *“ao lado desses processos agressivos de crescimento, verificam-se também processos defensivos, nos quais a concentração assegura a sobrevivência da própria empresa ou o controle do próprio mercado nacional assaltado por multinacionais estrangeiras”*<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Tem-se por economia de escala, aquele tipo de produção cujo custo unitário do produto cai à medida em que aumenta a produção. A economia de escala pode ser instrumento de manipulação de mercado à medida em que a empresa que a realiza pode minorar seus lucros para um pouco abaixo do nível ótimo, desestimulando a entrada de novos concorrentes (prática semelhante ao *dumping*).

<sup>9</sup> PROENÇA, *ob cit*, p.08.

Menciona Rubens Requião que o poderio das empresas gigantes, que constituem verdadeiros impérios, chega a comprometer a própria estabilidade e autoridade do Estado<sup>10</sup>.

A defesa do mercado interno importa na manutenção da própria soberania que, de acordo com a lição de Eros Roberto Grau, possui também uma faceta econômica. Para o mencionado mestre, *“a afirmação da soberania nacional econômica não supõe o isolamento econômico, mas antes, pelo contrário, a modernização da economia – e da sociedade – e a ruptura de nossa situação de dependência em relação às sociedades desenvolvidas”*; *“afirmar a soberania econômica nacional como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e como objetivo particular a ser alcançado é definir programa de políticas públicas voltadas – repito – não ao isolamento econômico, mas a viabilizar a participação da sociedade brasileira, em condições de igualdade, no mercado internacional”*<sup>11</sup>.

Além disso, devemos distinguir os investidores que realmente têm interesse em fixar-se no país, incrementando a produção e contribuindo com empregos e impostos, daqueles cujo interesse é meramente especulativo, intentando estabelecer-se provisoriamente, somente enquanto o mercado esteja proporcionando alta lucratividade.

Tendo clara esta distinção, podemos classificar os concorrentes potenciais em duas categorias: comprometidos e não-comprometidos, sendo estes os que podem adentrar rapidamente o mercado e dele se retirar quando não mais for interessante, sem que para isso tenham que arcar com elevados custos fixos e irrecuperáveis, e aqueles os que desejam se estabelecer permanentemente.

É intuitivo que somente quanto ao potencial lesivo dos competidores não-comprometidos é que o mercado interno deve se proteger, pois que, tendo em vista as vantagens econômicas de que gozam, sua entrada maciça e repentina no mercado pode facilmente levar à bancarrota os produtores nacionais.

---

<sup>10</sup> REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 21º ed. atualizada, v. 2, São Paulo: Saraiva, 1998.

<sup>11</sup> GRAU, *ob cit*, pp.242-243.

Em face desta ameaça, a racionalidade das políticas antitruste se inverte, passando a concentração de poder econômico nas mãos de uma companhia nacional a ser encarada como uma saída para garantir um mínimo de segurança e autonomia ao mercado produtivo interno, evitando-se somente a utilização do poder econômico como instrumento de limitação ou controle da concorrência.

### 3 AS FORMAS DE CONCENTRAÇÃO

#### 3.1 Classificação das formas de concentração

Encontramos na doutrina as mais variadas classificações para a concentração de empresas, partindo de critérios ora jurídicos ora econômicos, elaboradas sempre com o fito de tornar mais didático o estudo do fenômeno. Considerando oportuna a observação de Eros Roberto Grau de que não existem classificações mais ou menos corretas, limitar-nos-emos a reproduzir as que entendemos mais harmônicas com o enfoque societário sob o qual pretendemos desenvolver o trabalho, deixando para futuro estudo as formas contratuais.

Waldirio Bulgarelli adota a seguinte classificação das formas de concentração de empresas: 1) compenetração, abrangendo a incorporação, a cisão e a fusão; 2) associação, compreendendo a união de empresas por via contratual; e 3) integração, que se processa através dos grupos societários de subordinação, pela via da participação do controle acionário<sup>12</sup>.

A diferença primordial que permite esta classificação encontra-se na autonomia jurídica das sociedades que se concentram, pois nos grupos integrados e nas associações as participantes permanecem juridicamente autônomas, subordinadas apenas economicamente, enquanto na fusão e na incorporação essa autonomia jurídica desaparece.

Dentro desta perspectiva, divide ainda os processos de concentração em primários e secundários, aqueles voltados para o crescimento da estrutura da sociedade, diminuindo o número de concorrentes no mercado, e este, fenômeno de segunda geração para o Direito Antitruste, visando a formação de alianças e a tomada de controle.

---

<sup>12</sup> BULGARELLI, *Manual das Sociedades Anônimas*. 10 ed., São Paulo: Atlas, 1998, p.298.

Mas indubitavelmente a classificação que distingue as formas de concentração em horizontais e verticais, de acordo com a maior ou menor afinidade dos setores que se integram, afigura-se a mais útil ao presente estudo.

A concentração horizontal ocorre entre empresas produtoras de um mesmo bem, que concorrem diretamente entre si, enquanto a concentração vertical se dá entre empresas que operam em distintos níveis do processo de fabricação de um determinado produto. Segundo Bulgarelli, o termo integração teria seu uso correto adstrito a esta última hipótese de concentração<sup>13</sup>.

Quanto aos resultados produzidos na concorrência, a concentração horizontal é a que mais oferece riscos imediatos, pela supressão que causa de um dos participantes do mercado.

A escolha entre a realização de uma espécie ou outra de concentração se traduz em uma questão de método administrativo, já que, em geral, ambos os casos são motivados pela potencialidade de maximização de lucros, obtida através de aumento de produção, conquista de novos mercados, aquisição de tecnologia e supressão da concorrência, como possíveis efeitos de uma concentração horizontal, ou redução de custos, controle de qualidade do produto, fornecimento adequado de matéria-prima, eficiência de distribuição e autonomia quanto às variações do mercado fornecedor, resultantes de uma concentração vertical.

Bulgarelli formula crítica contra a classificação das concentrações em vertical e horizontal, em razão de sua ineficiência para categorizar os conglomerados, que afirma consistirem em um terceiro tipo de concentração, denominado diagonal: *“os grupos hoje não se fixam nas fórmulas tradicionais econômicas de concentração, como a horizontal e a vertical, mas adotam a diagonal ou o conglomerado, cuja característica básica é a diversificação de produtos e atividades e de localização geográfica”*<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> BULGARELLI, **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**. 3ed., São Paulo: Atlas, 1997, p.89.

<sup>14</sup> BULGARELLI, Waldirio, p.297.

## **3.2 Meios jurídicos de concentração de empresas**

### **3.2.1 A Incorporação**

A incorporação é uma forma de concentração horizontal, que pode ser resumida da seguinte maneira: uma sociedade é absorvida pela outra, que lhe sucede em todos os direitos e obrigações, suprimindo a pessoa jurídica incorporada da concorrência<sup>15</sup>. Como consequência, seu próprio capital se torna maior, bem como seu patrimônio e sua capacidade produtiva. Caracterizam a integração a transmissão global de patrimônio, a sucessão universal de obrigações, a participação dos acionistas da incorporada na incorporadora e a extinção daquela sociedade.

Pode ocorrer tanto a incorporação de uma sociedade de porte menor por uma sociedade de porte maior como o fenômeno inverso, devendo-se, neste caso, ater-se com mais atenção para a avaliação da sociedade incorporada, evitando-se fraudes.

A razão de ser da incorporação está no fato de suprimir um agente da concorrência, possibilitando um aumento imediato da parcela de mercado ocupada, gerando um engrandecimento súbito de capital social, de patrimônio e de capacidade produtiva, sem mencionar a aquisição de propriedade intelectual e de tecnologia, facilitando o acesso a consumidores em maior escala, a linhas de crédito e ao mercado internacional.

Entre os principais efeitos nocivos que pode acarretar para o mercado, está a retirada de produtos da linha fabril, causando diminuição das possibilidades de escolha do consumidor e direcionando suas compras para produtos similares, por vezes mais caros ou de menor qualidade.

---

<sup>15</sup> Código Civil, lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Livro II, título II, capítulo X, artigo 1.116.

### 3.2.2 A Fusão

Semelhante à incorporação até mesmo nas vantagens que ocasiona, a fusão é também um método de concentração horizontal, envolvendo duas ou mais sociedades, que se unem criando nova pessoa jurídica, sucessora de ambas em todos os direitos e obrigações, extinguindo as sociedades envolvidas<sup>16</sup>.

Seu processo não importa na dissolução das empresas fundidas, mas na extinção formal das sociedades que passaram pelo processo, não sendo necessária a liquidação do patrimônio social de nenhuma delas, posto que a nova sociedade assumirá todo o ativo e todo o passivo das fusionadas.

Quanto aos sócios das sociedades extintas, ingressam também como sócios na nova sociedade criada.

Parte da doutrina considera a fusão a forma mais pura de concentração de empresas por ter o condão de suprimir definitivamente um dos agentes da concorrência, porém, consideramos esta opinião bastante ingênua, porque tem por princípio a finalidade precipuamente anticoncorrencial da concentração, o que é frontalmente repellido por este trabalho.

### 3.2.3 A tomada de controle acionário

A tomada do controle acionário de uma sociedade pré-existente pode ser uma forma de concentração horizontal ou vertical de empresas, dependendo do ramo de atuação da controlada ser o mesmo ou não o da controladora.

O mestre Fabio Konder Comparato definiu, em linhas gerais, o núcleo do conceito de poder de controle como o “*poder de determinar as deliberações em assembléia geral*”, ressaltando em seguida que influência dominante não se exerce unicamente pelo direito de voto, distinguindo três níveis de poder na estrutura da

---

<sup>16</sup> Código Civil, lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Livro II, título II, capítulo X, artigo 1.119.

sociedade anônima: o da participação no capital ou investimento acionário, o da direção e o do controle<sup>17</sup>. Esta mesma distinção é feita por Waldirio Bulgarelli, quando menciona a possibilidade de concentração de capitais, concentração de direção e concentração de controle na sociedade anônima<sup>18</sup>.

A Lei 6.404/76 define como controlador o acionista, pessoa física ou jurídica, ou grupo de pessoas vinculada por acordo de voto, que seja titular de direitos de sócio que lhe assegure de modo permanente a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia, e efetivamente utiliza este poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos diretivos<sup>19</sup>. O dispositivo legal que estabelece este conceito, em seu parágrafo único, frisa o dever do acionista controlador de exercer o poder que lhe cabe destinado à realização dos objetivos gerais da sociedade e também de sua função social, relevando os interesses dos acionistas minoritários, dos funcionários e da comunidade em que a sociedade atua.

Fabio Ulhoa Coelho conceituou da seguinte forma o poder acionário em uma sociedade:

O acionista (ou grupo de acionistas vinculados por acordo de voto) titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria de votos na assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores e usa, efetivamente, desse poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia é considerado, pelo art. 116 da LSA, acionista controlador. Para a sua configuração é necessária a convergência destes dois elementos: ser maioria societária (não no sentido de necessariamente titularizar a maior parte do capital social, mas no de possuir ações que lhe garantam a maioria das decisões tomadas pelas 3 últimas assembléias) e fazer uso dos direitos decorrentes desta situação para dirigir a sociedade<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> COMPARATO, *ob cit*, pp.26, 67.

<sup>18</sup> BULGARELLI, **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**, p.90, nota 86.

<sup>19</sup> Lei 6.404, de 15 de janeiro de 1976, capítulo X, seção IV, artigo 116.

<sup>20</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 12ªed. , São Paulo : Saraiva, 2000, p.192.

Esta conceituação põe em relevo uma questão importante: apesar das decisões nas sociedades anônimas serem tomadas com base no *princípio majoritário*, nem sempre o controle acionário<sup>21</sup> é exercido por quem detém a maioria das ações. É preciso analisar quem são os titulares de ações com direito a voto efetivamente presentes na assembleia, órgão máximo deliberativo na sociedade anônima, e determinar quem é capaz de emitir a opinião final.

Sobre o assunto, pronunciou-se Bulgarelli: “o controle exercido sobre uma empresa não se prende exclusivamente à posse da maioria das ações (quando se trata de sociedade por ações) ou do capital social, pois ele pode ser exercido com pequena margem de ações nas sociedades anônimas, mercê da dispersão dos acionistas ou do *absenteísmo*”<sup>22</sup>.

Todavia, possuir a maioria das ações com direito a voto numa assembleia de acionistas costuma significar não somente impor sua vontade sobre os rumos da sociedade e sobre a política administrativa adotada, mas também eleger diretores e conselheiros fiscais, além de aprovar alterações estatutárias, o que significa admitir fusões, aquisições, formação de conglomerados e outras formas de concentração.

Como o *quorum* de instalação para as votações em primeira convocação nas assembleias ordinárias é de um quarto do capital social votante, e em extraordinária, dois terços, instalando-se com qualquer número em segunda convocação, nem sempre será necessário deter mais de 50% do capital social para controlar a sociedade<sup>23</sup>.

Através da tomada de poder acionário, uma *joint venture* pode ser constituída, bem como um conglomerado por subordinação ou uma espécie de incorporação, a chamada subsidiária integral, que constitui a única forma de sociedade unipessoal originária admitida pelo direito brasileiro.

---

<sup>21</sup> COMPARATO menciona quatro espécies de poderes nas sociedades anônimas: controle com quase completa propriedade acionária, controle obtido mediante expedientes legais, majoritário, minoritário e gerencial. (*ob cit*, p.38).

<sup>22</sup> BULGARELLI, **Manual das Sociedades Anônimas**, pp. 192, 298.

<sup>23</sup> Lei 6.404, de 15 de janeiro de 1976, artigo capítulo XI, artigos 125, 135, 136.

Uma das maiores vantagens da aquisição do controle acionário como forma de concentração de empresas é que dispensa a manifestação formal da assembléia, tanto na sociedade adquirida quanto na adquirente, facilitando a opção da concentração como política de administração e como procedimento da formação do grupo.

### 3.2.4 O Conglomerado

Freqüente nos dias de hoje, especialmente pela pulverização de riscos que proporciona, a fragmentação da macroempresa<sup>24</sup> – fenômeno representado pelos conglomerados ou grupo de empresas, ocorre quando uma sociedade (*holding*) adquire parcelas de outras sociedades, fabricantes ou não de bens relacionados com a atividade por ela exercida, diversificando seus produtos e com isto diminuindo os riscos de oscilações no consumo ou conquistando mercados.

São considerados coligadas sociedades em que uma seja proprietária de no mínimo 10% do capital social da outra, sem necessidade de reciprocidade. A mera participação acionária em empresa coligada não garante a configuração de um grupo de subordinação, todavia esta subordinação poderá ser garantida por um contrato. Tal não ocorre nas sociedades que pertencem a um grupo em virtude aquisição ou tomada do controle acionário, quando sempre se presumirá subordinada ao grupo.

Mas a participação acionaria não é a única forma de configuração de um grupo<sup>25</sup>. É novamente da lição de Comparato que nos valem para confirmar esta opinião: “há casos de aguda dependência externa, no suprimento de matéria-prima ou no escoamento da produção, por exemplo, os quais provocam a integração de uma sociedade em um grupo, sem participação de capital”<sup>26</sup>. Nesta situação, o poder econômico é exercido de modo natural, decorrendo de questão de fato e não de direito, de maneira não institucionalizada.

---

<sup>24</sup> STZAJN, *ob cit*, p.107.

<sup>25</sup> Lei 6.404, de 15 de janeiro de 1976, capítulo XX, seção I, artigo 243, parágrafo único.

<sup>26</sup> COMPARATO, *ob cit*, p.30.

Ao contrário dos processos anteriormente descritos, na formação do conglomerado não há comunhão de patrimônio, de estrutura ou de capital social, nem criação ou perda de personalidade jurídica<sup>27</sup>, sendo a direção comum o único elo que passa a existir entre as sociedades, visando à concretização de empreendimentos conjuntos.

Por tais características, a concentração através de conglomerados geridos por uma *holding* ou sociedade-mãe, apresenta as seguintes vantagens: 1) controle centralizado, com administração descentralizada; 2) gestão financeira unificada; 3) controle sobre um grupo societário com o mínimo de investimento possível.

A Lei 6.404/76 estabelece as normas de administração do grupo, admitindo a criação de órgãos de deliberação colegiada e de cargos de direção geral. Regula ainda as demonstrações financeiras do conglomerado, os prejuízos resultantes de atos contrários à convenção e a estruturação do conselho fiscal das filiadas.<sup>28</sup>

À semelhança das demais sociedades existentes no Código Civil, para poder ser reconhecido como um conglomerado – apesar deste reconhecimento não gerar solidariedade nas obrigações contraídas pelos membros do grupo perante terceiros, é necessário o arquivamento de um acordo formal entre as sociedades na Junta Comercial<sup>29</sup>, o que faz com que alguns autores questionem a ausência de personalidade jurídica, visto ser esta adquirida com o mero arquivamento do ato constitutivo na Junta Comercial<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Apesar de não possuírem personalidade jurídica individualizada, os grupos devem possuir designação própria, da qual constará palavra identificadora de sua existência (grupo ou grupo de sociedades), e devem estar devidamente registrados na Junta Comercial. (Lei 6.404, de 15 de janeiro de 1976, capítulo XXI, seção I, artigo 267).

<sup>28</sup> Lei 6.404, de 15 de janeiro de 1976, capítulo XXI, seção III, artigos 272 e 273.

<sup>29</sup> Lei 6.404, de 15 de janeiro de 1976, capítulo XXI, seção II, artigo 271.

<sup>30</sup> O grupo de empresas não adquire personalidade jurídica simplesmente porque a lei assim não dispôs expressamente, e porque não se enquadra nas espécies societárias do Código Civil o que faz Bulgarelli afirmar que, a semelhança das cooperativas, os conglomerados consistiriam em sociedades mais desenvolvidas, de segundo grau.

Espécie societária similar ao conglomerado, o consórcio de sociedades com ele não se confunde em virtude da efemeridade de seus fins. Em geral, as sociedades participantes de um consórcio têm a intenção comum de obter um único e específico objetivo, após o qual desaparece o elemento motivador da união, voltando cada sociedades a atuar novamente de maneira isolada. Por sua natureza primordialmente fugaz, não se pode dizer que os consórcios são detentores de poder econômico, apesar de coadunarmos nossa opinião com a de Waldirio Bulgarelli, quando afirma haver concentração pela mera conexão econômico-jurídica entre as sociedades<sup>31</sup>. Como veremos mais adiante, o poder econômico se caracteriza por sua constância; sendo efêmero, não constitui poder, mas situação circunstancial, não afetando o mercado de modo permanente ou mesmo por longo prazo.

Esta característica peculiar dos consórcios, que os torna desinteressantes ao nosso estudo, será encontrada também nos contratos de distribuição com exclusividade, que inegavelmente constituem forma de concentração de poder econômico, mas não serão objeto de estudo em virtude de sua durabilidade limitada no tempo e por constituírem meios contratuais de concentração, não societários.

Ademais, seguindo os critérios adotados por Proença, mencionados no capítulo segundo, os contratos de distribuição com exclusividade e os consórcios não resultam em alterações estruturais ou patrimoniais nas sociedades envolvidas, e aparentemente também não envolvem unificação na tomada de decisões, daí porque não configurariam atos de concentração<sup>32</sup>.

Diz-se dos conglomerados que são grupos econômicos de fato, por subordinação, cuja característica é a unidade de controle externo, enquanto dos consórcios diz-se serem grupos de direito, por coordenação, pelo qual as sociedades

---

<sup>31</sup> BULGARELLI, **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**, p.101.

<sup>32</sup> Mas ressalve-se que, quanto a este último requisito, somente aparentemente não produzem unificação na tomada de decisões, porque na realidade o poder decisório das empresas envolvidas passa a ser centralizado no órgão gestor do contrato de cooperação nos consórcios, e na empresa contratante no contrato de distribuição com exclusividade.

colaboram em virtude de contrato, submetendo-se a um controle interno, por meio de um conselho consultivo comum.

Apesar de inegável o aumento de poder econômico decorrente da formação de um conglomerado, sua mera existência não configura restrição à concorrência, pois como afirma Fabio Konder Comparato, mesmo antes dos acordos as sociedades envolvidas não concorriam entre si<sup>33</sup>. Considerar meramente a potencialidade da concorrência entre ambos historicamente já se mostrou insuficiente para justificar o cerceamento do direito de associação das sociedades envolvidas.

Além das facilidades estruturais anteriormente mencionadas, os conglomerados criam algumas vantagens econômicas para as sociedades pertencentes ao grupo, entre as quais a disponibilidade interna de recursos, a facilidade de captação de receitas financeiras, a disponibilidade constante de matéria-prima a preços competitivos (no caso de uma sociedade fornecedora fazer parte do grupo) e a garantia de agilidade na rede de distribuição<sup>34</sup>.

### 3.2.5 A *Joint Venture*

Uma *joint venture* pode estabelecida por meio da tomada de controle acionário de uma sociedade já constituída, pela constituição de uma nova sociedade, controlada em comum pelas sociedades participantes, ou apenas por um simples arranjo contratual entre dois ou mais participantes.

Constitui uma aliança formada por duas ou mais sociedades, que se caracteriza mais pelos fins para os quais foi constituída do que propriamente pela forma societária que adquire. Estruturada como qualquer das formas de sociedade prevista na legislação comercial, caracteriza-se por ser o empreendimento comum de sociedades atuantes no mesmo ramo de atividades que, participando simultaneamente do capital social do novo empreendimento, pretendem diminuir os custos da conquista de mercado ainda

---

<sup>33</sup> COMPARATO, *ob cit*, p.383.

<sup>34</sup> FORGIONI, *ob cit*, pp. 294-295.

não explorado, da obtenção ou do compartilhamento de uma tecnologia de ponta, comercialização e distribuição de produtos, união de forças para produção em escala, estratégias de marketing integrado, entre outros objetivos.

O fato de poder ser constituída mediante contrato, fez com que certos autores afastassem-na da fusão e aproximassem-na do consórcio, afirmando ser precipuamente de natureza temporária, mas tal assertiva só se confirma nesta hipótese, porque ademais disto, sua constituição como sociedade civil denota seu intuito perpétuo, não admitindo o sistema jurídico comercial brasileiro constituição de sociedade civil com duração limitada.

A vantagem da concentração através das *joint ventures* é que não há supressão de nenhuma sociedade do mercado ou mesmo perda de autonomia das sociedades envolvidas, mantendo íntegras suas capacidades decisórias.

Em que pese à alegação de que a *joint venture* contraria o interesse público de inauguração de novas sociedades no mercado, argumento que efetivamente perdurou nos Estados Unidos na década de 70<sup>35</sup>, a união de esforços pode vir a incentivar a própria concorrência, possibilitando uma participação mais eficiente das sociedades no mercado, com uma agressividade que não alcançariam sem a combinação de capitais, do uso conjunto dos recursos e do compartilhamento de *know how* propiciados pela *joint venture*.

---

<sup>35</sup> MAGALHÃES, Jose Carlos de. SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. **A concentração de empresas e a competência do CADE**. RDM n.113, jan-mar/1999, São Paulo: Malheiros, p.91.

## 4 A ORDEM ECONÔMICA E A REGULAÇÃO ANTITRUSTE BRASILEIRA

### 4.2 Os princípios norteadores do Direito Antitruste brasileiro

#### 4.2.1 O Princípio da Livre Iniciativa

Quando da vigência ideológica do Estado Liberal, surgido logo após a Revolução Francesa, a liberdade de adentrar o mercado econômico com finalidade produtiva era absoluta, erigida a princípio máximo regente de toda a prosperidade da ordem econômica capitalista. Fadado que estava ao esgotamento da capacidade produtiva, pelo declínio das forças e dos meios de produção dos quais se valia, o modelo de Estado liberal percebeu-se insuficiente para promover o total desenvolvimento do mercado.

Neste contexto, o Estado retoma competências que antes haviam sido-lhe despojadas, voltando à atuação interventiva<sup>36</sup>, passando de regulador a promotor do desenvolvimento do capitalismo, com o fito de preservar o processo de acumulação do capital contra as pressões do próprio sistema. Por sua capacidade de afetar as relações de produção, tendo sempre se prestado a instrumentalizar a reprodução ideológica, o Direito passa a ser o principal responsável por esta atuação promocional, o que faz por meio de políticas públicas.

Para mencionar somente o âmbito constitucional, a livre iniciativa deixa de ser absoluta, cedendo lugar à manutenção da concorrência. O Princípio da Livre Iniciativa passa a condizer não só com a possibilidade de auto-regência ou autonomia dos comerciantes, já suficientemente consagradas, mas com a não interferência do Estado.

---

<sup>36</sup> Segundo Eros Roberto Grau, intervenção estatal não se confunde com atuação estatal. Intervenção expressa atuação em área de titularidade de outrem, no caso, do setor privado, e pode ser exercida de três maneiras: através de participação, atuando no setor privado como concorrente ou monopolista, através de direcionamento, emitindo normas cogentes de comportamento, ou por indução, manipulando os próprios instrumentos de mercado. O que se defende neste trabalho é o desempenho de um direcionamento mais efetivo, não só em benefício dos interesses da coletividade, mas como forma de desenvolvimento do próprio capitalismo. (*ob cit*, p.136, 162-163).

O Estado não interfere na medida em que se afasta da exploração direta da atividade econômica e não tenta conformar os mecanismos de mercado às suas políticas econômicas, limitando a interceder quando a livre concorrência passa a obstaculizar a livre iniciativa, prejudicando os próprios produtores.

O que se tenta garantir é a liberdade dos interessados de participarem da concorrência, permitindo não só seu ingresso, mas também sua permanência no mercado, protegendo-os das intervenções externas do Estado e das disfunções internas da própria concorrência, promovidas intencionalmente pelos demais agentes econômicos.

Ao legitimar-se o poder do Estado como tutor da concorrência, forjou-se a justificativa de que a proteção da livre iniciativa seria corolário da realização da justiça social, fazendo com que o elemento interesse público fosse imiscuído no conceito, de tal forma que a legitimação da proteção da livre iniciativa e da livre concorrência passou a vincular-se a promoção da justiça social, no sentido lhe conferido pela própria coletividade.

Sobre isto, afirma Varella Bruna:

... livre iniciativa e livre concorrência são, pois, princípios intimamente ligados. Ambos representam liberdades, não de caráter absoluto, mas liberdades regradas, condicionadas, entre outros, pelos imperativos da justiça social, de existência digna e de valorização do trabalho humano. Assim, o que a Constituição privilegia é o valor social da livre iniciativa, ou seja, o quanto ela expressar de socialmente valioso. Da mesma forma, a livre concorrência é erigida a condição de princípio da ordem econômica não como uma liberdade anárquica, mas sim em razão de seu valor social. A extensão de tais liberdades dependerá de sua análise conjugada com os demais objetivos e princípios, não só da ordem econômica, mas da Constituição como um todo<sup>37</sup>.

Proença vai ainda mais longe na linha de pensamento de Varella Bruna, ao afirmar que a livre concorrência não advém naturalmente da livre iniciativa, e que só recebe a chancela constitucional de princípio da ordem econômica para proporcionar a livre iniciativa concorrencial, este sim um instrumento capaz de realizar em sua plenitude a justiça social. Assim escreveu:

---

<sup>37</sup> BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.136.

Apesar do papel primordial atribuído à livre iniciativa, na ordem econômica constitucional, o seu valor é relativizado pela própria Constituição. A livre iniciativa pode ser entendida, em duplo aspecto, como a liberdade de criar e explorar uma atividade econômica e, sobretudo, a rejeição da atividade econômica estatal não é admitida de maneira absoluta, mas unicamente em razão de seu valor social (conforme art. 1º, IV, da própria Constituição Federal), e deve ser entendida no contexto de uma ordem econômica idealmente concebida pela Constituição, que ‘tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’, e que deve respeitar toda uma série de princípios. Assim é que, consagrada a livre concorrência como um princípio da ordem econômica (inciso IV do art. 170), princípio que a livre iniciativa deve respeitar, a Constituição estabelece uma distinção entre livre iniciativa e livre concorrência. Desse modo, a Constituição não considera a livre concorrência como uma consequência natural ou necessária da livre iniciativa, mas sim, o que é consagrado, como atividade econômica legítima no contexto da ordem econômica constitucional, é a livre iniciativa concorrencial.<sup>38</sup>

Atualmente, poucos são os autores que, à semelhança de José Carlos de Magalhaes e Onofre Carlos de Arruda Sampaio concebem a livre iniciativa de maneira ilimitada<sup>39</sup>.

O abalizado mestre Alfredo de Assis Gonçalves Neto, mais afinado com a doutrina moderna, chega a traçar um paralelo entre os limites dos direitos individuais de cada cidadão e os estabelecidos pelo interesse público à livre iniciativa:

... mas esta liberdade (de livre iniciativa) não é ilimitada, anárquica nem arbitrária. Como ocorre com a própria liberdade individual de qualquer cidadão no seio de uma sociedade civil organizada (que termina onde começa a do outro), a liberdade de que se trata há de sofrer as limitações necessárias para que possa ser compartilhada por todos os competidores em igualdade de condições e usufruída pelos consumidores na construção de ‘uma sociedade livre, justa e solidária’(CF, art. 3º, inc.I)<sup>40</sup>.

Para Eros Roberto Grau, o valor social da livre iniciativa decorreria simplesmente da correta interpretação do dispositivo constitucional que confirma o princípio como fundamento da ordem econômica. Quando o artigo 170 da

---

<sup>38</sup> PROENÇA, *ob cit*, p. 63, nota 79.

<sup>39</sup> MAGALHÃES: “a interpretação do texto constitucional deve sempre ter como suporte os princípios básicos que a Nação elegeu como fundamentais, e dentre estes sobressai o da livre iniciativa, inscrita logo no art. 1, IV, da CF, que, por ser um dos fundamentos, mesmo, da República, deve prevalecer sobre quaisquer outros na própria Constituição previstos”. (*ob cit*, p.37).

<sup>40</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Manual de Direito Comercial**. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2000, pp.229-230.

Constituição de 1988 dispõe que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, o vocábulo valorização também se aplica à expressão “livre iniciativa”, e não somente a trabalho humano, o que significa dizer que *“a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso”*<sup>41</sup>.

De acordo com a doutrina de Varella Bruna, a atuação do Estado coibindo abusos não constitui limitação da liberdade de iniciativa ou da liberdade de concorrência, porque ninguém tem liberdade para cometer abusos. Os limites destas liberdades são postos ao mesmo tempo em que os direitos outorgados, razão pela qual não existem tais liberdades para além da justiça social, fim maior do Estado nacional. Este também é o pensamento de Eros Roberto Grau, que afirma: *“não há limitação ao direito de liberdade econômica (liberdade de iniciativa econômica), mas, tão-somente, à liberdade econômica. Isso porque o regime da liberdade de iniciativa econômica é aquele definido pela ordem jurídica. Vale dizer: o direito de liberdade econômica só tem existência no contexto da ordem jurídica, tal como o definiu a ordem jurídica”*<sup>42</sup>.

Determinar o que vem a ser justiça social é uma tarefa sociológica, que dependerá de fatores culturais e temporais da sociedade sob escrutínio, porém certamente que a observação de seu ordenamento jurídico pode fornecer alguns elementos úteis. De acordo com a nossa Constituição Federal de 1988, são objetivos do Estado nacional a equalização da distribuição de renda, a valorização do trabalho humano e a promoção da existência digna, fatores que, conjugados, podem nos trazer uma idéia do significado de justiça social. Apontar um destes elementos como predominantes na realização da justiça social é simplesmente impossível, mas a mera ciência de sua existência já constitui baliza suficiente para entendermos dentro de quais parâmetros a liberdade de iniciativa pode ser exercida.

---

<sup>41</sup> GRAU, *ob cit*, p.221.

<sup>42</sup> GRAU, *ob cit*, p.225.

Então, o exercício legítimo da liberdade de iniciativa só se justifica estando a atividade econômica voltada simultaneamente a estes horizontes: 1) distribuição de renda, 2) valorização do trabalho humano e 3) existência digna, esta considerada como o núcleo de todos os direitos humanos.

A autorização ou não de um ato de concentração de empresas que gere concentração de poder econômico é uma questão de sopesar princípios e escolher a melhor técnica para se obter um único fim: a justiça social, o que deve ser buscada por toda atividade econômica, inclusive a desenvolvida pelo próprio Estado, no campo dos serviços públicos.

Sobre isto, a doutrina é uníssona: os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência nada mais são do que técnicas escolhidas politicamente, e positivadas como princípios, para direcionar a ordem jurídica na obtenção de seus fins. Se no caso concreto a técnica estabelecida não se mostrar a mais eficiente para realização dos fins últimos do Estado, então sua aplicação deve ser substituída por outra mais adequada, também extraída do texto constitucional, que bem pode ser a da continuidade da empresa.

A livre iniciativa engloba, pois, a liberdade de exercício do poder econômico e a liberdade de associação, balizadas pelos princípios da Continuidade da Empresa, da Livre Concorrência e da Função Social da Empresa, que seriam feridos somente em face do abuso do poder econômico.

#### **4.2.2 O Princípio da Livre Concorrência**

O Princípio da Livre Concorrência foi abarcado pela Constituição Federal em razão da presunção de que seu exercício beneficiaria toda a sociedade, propiciando um elemento a mais na realização da almejada justiça social. Daí as palavras de Varella Bruna, anteriormente transcritas, afirmando que a livre iniciativa só se torna meio de obtenção da justiça social quando em harmonia com a livre concorrência.

Tal afirmação é essencial para frisarmos a distinção entre os princípios da Livre Concorrência e da Livre Iniciativa que, apesar do equívoco de alguns autores,

não se confundem. Segundo as doutrinas econômicas, é perfeitamente possível a existência de um mercado que possibilite o exercício da livre iniciativa, porém não se efetive nenhuma espécie de concorrência, prevalecendo os monopólios. Esta realidade não chega a ser utópica se considerarmos a possibilidade real do próprio Estado constituir monopólios em seu favor e de permitir monopólios naturais, decorrentes, por exemplo, da detenção de tecnologia não acessível aos concorrentes em potencial. Para tanto, basta que o ordenamento jurídico que regule tal mercado opte por tutelar a livre iniciativa, mas não a livre concorrência.

Portanto, sendo possível o exercício da atividade produtiva sem necessariamente ter de submeter-se aos mecanismos da concorrência, os princípios não se confundem. Daí a imprecisão cometida por Eros Roberto Grau<sup>43</sup>, e corroborada por Paula Forgioni<sup>44</sup>, ao afirmar que a livre concorrência seria uma das faces da livre iniciativa, cuja outra seria a liberdade de comércio e indústria. A nós parece que o que o autor gostaria de expressar com a afirmação seria o duplo sentido encontrado na liberdade de iniciativa: liberdade de adentrar e liberdade de permanecer no mercado.

O Princípio da Livre Concorrência, promovendo limites negativos ao Princípio da Livre Iniciativa, realiza com este o que Eros Roberto Grau identifica por “jogos de princípios”, paradigma da hermenêutica que merece ser aclarado pelas palavras do próprio autor: “quanto aos princípios, a circunstância de serem próprios a um determinado Direito não significa que este Direito jamais autorize a sua desconsideração”; “é que os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão do peso ou da importância. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles”<sup>45</sup>. A aplicação de um princípio em detrimento de outro, porém, só pode ocorrer quando sua aplicação conjunta for absolutamente

---

<sup>43</sup> GRAU, *ob cit*, p.224.

<sup>44</sup> FORGIONI, *ob cit*, p.228.

<sup>45</sup> GRAU, *ob cit*, pp.108, 110.

incompatível, o que não significa desobedecer ao que não foi aplicado, mas simplesmente não lhe permitir incidir com toda a sua força inerente.

Extrai-se do que foi dito algumas conclusões: que a livre concorrência não foi imposta em favor dos interesses individuais dos agentes econômicos em concorrência; que também não constitui um fim em si mesma, podendo ser afastada em nome de bens jurídicos superiores; e que visa à realização da justiça social.

Segundo Proença, três são as liberdades que caracterizam um mercado concorrencial: a livre ação dos agentes econômicos, o livre acesso ao mercado e a livre escolha dos consumidores<sup>46</sup>. E tal qual a liberdade de iniciativa, estas liberdades encontram seus limites no próprio ordenamento jurídico. Assis Gonçalves Neto, em seu já citado Manual de Direito Comercial<sup>47</sup>, menciona vários limites estabelecidos à liberdade de concorrência: a proteção das marcas e invenções, a proibição de sócio de indústria de empregar-se em atividade alheia à sociedade a que pertence e a vedação aos sócios e diretores de sociedade anônima de competirem com ela durante o mandato.

#### **4.2.3 O Princípio da Continuidade da Empresa**

Como anteriormente mencionado, quando o Estado foi intimado a regular os atos concorrenciais sob a alegação de que esta necessidade decorria do interesse público, aos ditames do interesse público as liberdades de iniciativa e de concorrência passaram a se submeter.

E, como assevera Eros Roberto Grau<sup>48</sup>, a função do Estado de tutelar o desenvolvimento do processo econômico compromete-se precipuamente com a preservação dos mercados, para a qual a continuidade da empresa é condição inafastável.

---

<sup>46</sup> PROENÇA, *ob cit*, p.63, nota 79.

<sup>47</sup> GONÇALVES NETO, *ob cit*, p.45.

<sup>48</sup> GRAU, *ob cit*, p.48.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, “a tendência atual do direito comercial, no que diz respeito às questões envolvendo os sócios é a de procurar preservar a empresa. Em razão dos múltiplos interesses que gravitam em torno da produção e circulação de riquezas e comodidades, inclusive a constitucional, a sua existência e desenvolvimento deixa de ser assunto da exclusiva alçada de seus sócios”<sup>49</sup>.

A continuidade das atividades de uma sociedade engloba fatores altamente relevantes na realização da justiça social: manutenção de empregos e dos índices de mão-de-obra de reserva, diretamente relacionados com a busca do pleno emprego; manutenção de poder de compra dos cidadãos e de padrões salariais, tendo em vista o não aumento do número de desempregados, influenciando positivamente na promoção da existência digna; geração de riquezas, aumento da produção interna, arrecadação de impostos, entre outros fatores que possibilitam a equalização da distribuição de riquezas.

Essa interpretação ampla e sistemática do verdadeiro significado do Princípio da Continuidade da Empresa vem sendo admitida pelos doutrinadores mais modernos, tal qual a posição de Assis Gonçalves:

... ao princípio da busca do pleno emprego, por exemplo, corresponde o da **preservação** ou da **manutenção** da empresa (de que é corolário o da **recuperação da empresa**), segundo o qual, diante de opções legais que conduzam à dúvida entre aplicar regra que implique a paralisação da atividade empresarial e outra que possa também prestar-se à solução da mesma questão ou situação jurídica sem tal consequência, deve ser aplicada essa última, ainda que implique sacrifício de outros direitos também dignos de tutela jurídica (grifos no original)<sup>50</sup>

Disto, concluímos ser o Princípio da Continuidade da Empresa um dos fatores que eventualmente podem limitar a liberdade de iniciativa e a liberdade de concorrência, desde que comprovado que estas técnicas, no caso concreto, não são as melhores para a obtenção do pleno emprego, da realização da existência digna e da adequada distribuição de renda.

---

<sup>49</sup> COELHO, **Manual de Direito Comercial**, p.153.

<sup>50</sup> GONÇALVES NETO, *ob cit*, p.88.

Se, em uma situação concreta, um ato de concentração de empresas gere concentração indesejada de poder, mas se mostre a alternativa mais eficiente à promoção da justiça social, então a presunção de lesividade deste ato deve ser suprimida e o ato permitido. Como arrazoa com precisão Paula Forgioni, *“embora possa parecer uma contradição, muitas vezes a venda da empresa e o meio mais eficiente ou mais seguro de preservar a continuação de suas atividades. (...) Para os acionistas, administradores, fornecedores e empregados pode ser menos traumática a opção da venda aquela da bancarrota ou do declínio das atividades empresariais”*<sup>51</sup>

#### 4.2.4 O Princípio da Função Social da Empresa

A origem da função social da empresa ainda não foi conclusivamente estabelecida pela doutrina, alguns autores argumentando que decorreria do princípio constitucional da função social da propriedade, enquanto outros asseveram ter surgido a partir da função social do contrato.

Atestando a procedência desta segunda doutrina, merece transcrição a opinião de Fernando Netto Boiteux, que em artigo publicado pela Revista de Direito Mercantil, assim escreveu: *“todas as sociedades nascem como contratos, ainda que as anônimas sejam tratadas, a partir de sua constituição, como instituições. Como o Novo Código Civil prevê a função social do contrato (art. 421) essa função social se estende, naturalmente, ao contrato de sociedade, e deve ser entendida como incidindo sobre a própria causa do negócio”*<sup>52</sup>.

Apesar de bastante lógica a argumentação apresentada pelo autor, parece-nos claro que a função social da propriedade precedeu a todos os demais princípios similares, inclusive ao próprio princípio da função social do contrato, porque o que se pretendeu efetivar foi o uso de qualquer espécie de valor econômico de uma forma minimamente altruística.

---

<sup>51</sup> FORGIONI, *ob cit*, p.362.

<sup>52</sup> BOITEUX, *ob cit*, p.55.

Partindo deste raciocínio, podemos supor que o princípio da função social da propriedade mereceu salvaguarda do legislador constitucional enquanto meio idôneo para garantir a subsistência humana. O próprio capitalismo só foi adotado pelas sociedades modernas, porque eleito o melhor instrumento para o desenvolvimento das potencialidades dos indivíduos em comunidade.

Historicamente, porém, a produção rural deixou de ser a melhor forma de obtenção de bens de consumo, perdendo campo para o trabalho assalariado, sugerindo então uma nova perspectiva para a função social da propriedade. O princípio passou, a partir daí, a merecer uma interpretação mais extensiva, abarcando não só a propriedade de terras, mas a propriedade tomada no sentido marxista, como propriedade dos bens de produção. Isto porque o simples fato de alguém ser detentor de poder sobre os bens de produção já afeta a vida dos demais que não o detém, e que dos bens de consumo por ele produzidos necessitam. Esta opinião é corroborada pelo sábio Fabio Konder Comparato, que com maestria assim a explicita: *“ora, a propriedade dinâmica, ou controle sobre bens de produção, não tem por objetivo a fruição, mas a produção de outros bens ou serviços, e, por isso mesmo, implica, necessariamente, uma relação de poder sobre outros homens, na medida em que a produção sai da fase artesanal para a industrial. A propriedade dinâmica de bens de produção é a que se realiza sob a forma de empresa”*<sup>53</sup>.

Então, propriedade é poder. Os meios de produção são utilizados para produzir bens que serão apropriados por terceiros, de modo que o exercício de poder sobre os bens de produção resume-se como exercício de poder sobre terceiros, sugerindo a necessidade de regulação da atividade econômica e do exercício da atividade empresarial em função da sociedade, para que o poder se torne legítimo.

Este poder sobre os agentes externos ao capital, seja ele emanado do setor público ou do setor privado, só se justifica quando exercido em uma relação de

---

<sup>53</sup> COMPARATO, *ob cit*, p. 99.

justaposição, gerando benefícios para ambas às partes e servindo à finalidade de atender, tanto quanto possível, aos interesses comuns<sup>54</sup>.

Para que isto ocorra, não basta que o empresário se abstenha de exercer atividades nocivas aos demais cidadãos; a empresa só justifica a proteção que lhe é conferida enquanto capaz de realizar ações afirmativas, propiciando o desenvolvimento econômico e a distribuição igualitária da renda produzida, o que pode fazer principalmente através da geração de empregos.

Essa parece ser a posição mais ajustada perante a doutrina, confirmada por Varella Bruna, que assim declarou: *“o que se exige do titular do poder econômico não é somente um comportamento negativo, uma abstenção de fato, de não fazer mau uso de tal poder, mas sim um comportamento positivo, de dar-lhe destino socialmente útil. Há, portanto, não só o dever de não exercitar esse poder em prejuízo de outrem, mas também, e principalmente, o dever de exercita-lo em benefício dos demais”*<sup>55</sup>.

Esta também é a opinião de Eros Grau:

... o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-la em benefício de outrem e não, apenas, de não a exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte de imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade.

É o mesmo autor quem afirma que *“a propriedade dotada de função social, que não esteja a cumpri-la, já não será mais objeto de proteção jurídica. Ou seja, já não haverá mais fundamento jurídico a atribuir direito de propriedade ao titular do bem (propriedade) que não está a cumprir sua função social”*<sup>56</sup>.

Nesta perspectiva, a proteção da propriedade privada, a tutela conferida a livre iniciativa e a proteção da liberdade de concorrência só se justificam ante a utilidade que lhes é atribuída, afirmando Sérgio Varella Bruna que *“não se privilegiam as*

---

<sup>54</sup> BRUNA, *ob cit*, p.166.

<sup>55</sup> BRUNA, *ob cit*, p.172.

<sup>56</sup> GRAU, *ob cit*, pp.250, 316.

*liberdades de iniciativa e de concorrência em si mesmas, mas seus valores sociais, ou seja, aquilo que elas podem representar de socialmente útil*<sup>57</sup>.

Eros Roberto Grau menciona a busca do pleno emprego como o núcleo ativo do princípio da função social da propriedade, mas muitos outros ideais estão imbuídos no conteúdo do princípio. O que se faz mister é que o administrador de uma sociedade, na realização de suas atividades, tenha em conta os efeitos de sua conduta sobre os interesses externos ao capital, que de acordo com Fernando Netto Boiteux<sup>58</sup> são, fundamentalmente o dos trabalhadores, o dos consumidores e os da comunidade em que a sociedade atua.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto menciona a respeito que o meio ambiente e os direitos do consumidor são igualmente bens jurídicos constitucionalmente protegidos, *“a obrigar o empresário a comportar-se, não apenas na persecução dos resultados lucrativos do empreendimento, mas do **interesse coletivo**, do bem comum*<sup>59</sup> (grifos nos original). Cita como exemplo desta obrigação a constância expressa na atual Lei das Sociedades Anônimas, quando traça os direitos e deveres do acionista controlador, o dever de usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, respeitando os interesses dos demais acionistas da sociedade, dos que nela trabalham e da comunidade em que atua, constando também do elenco de deveres dos administradores a obrigação de exercer suas atribuições com o intuito de lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

---

<sup>57</sup> BRUNA, *ob cit*, p.172.

<sup>58</sup> BOITEUX, *ob cit*, p.52.

<sup>59</sup> GONÇALVES NETO, *ob cit*, p.90.

### 4.3 Critérios econômicos relevantes na regulação antitruste

Simplificadamente, detém poder econômico quem detém os meios de produção. Para o Direito Antitruste, porém, não constitui objeto de estudo a mera detenção de poder econômico, porque muito pouco capaz de influir no abrangente fenômeno da dinâmica do mercado. A disciplina antitruste interessa identificar o poder econômico que exorbita a medida do usual, possibilitando seu exercício não somente sobre o consumidor, mas sobre os demais agentes de produção, ensejando a ocupação de posição predominante por quem o detém.

É Varella Bruna quem nos oferece os elementos indispensáveis à elaboração de um conceito de poder econômico, mencionando que “*poder econômico é a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, em condições diversas daquilo que decorreria do sistema de mercado, se nele vigorasse um sistema concorrencial puro*”<sup>60</sup>. De acordo com este respeitado autor, deter poder econômico significa gozar da liberdade de agir de modo independente da dinâmica do mercado na tomada de decisões sobre a produção, sem temer a perda de espaço para a concorrência.

Marcelo Martins Proença focaliza seu conceito no poder do agente de unilateralmente influir na determinação dos preços, e afirma que “*poder de mercado, expressão sinônima de posição dominante utilizada pela Lei 8.884/94, cujo exercício ou aumento o controle das concentrações visa prevenir, é a aptidão que tem o agente econômico de, buscando o aumento da lucratividade, reduzir a produção abaixo dos níveis competitivos e, em consequência, aumentar ou manter os preços acima daqueles níveis*”<sup>61</sup>, logo adiante enfatizando que o abuso do poder se dá quando o objeto da conduta da sociedade for deliberadamente desencorajar ou obstruir o desenvolvimento da concorrência.

---

<sup>60</sup> BRUNA, *ob cit*, pp.104-105.

<sup>61</sup> PROENCA, *ob cit*, p.106.

Desta afirmação conclui-se que poder econômico e abuso de poder econômico são conceitos distintos. E apesar de termos ressaltado que o abuso do poder econômico não constitui objeto de nosso trabalho, elaboraremos algumas considerações pertinentes a seu respeito.

Fabio Konder Comparato, baseia-se unicamente no critério legal ao arrolar os três elementos que considera caracterizadores do abuso do poder econômico, e que podem existir separadamente: domínio dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros<sup>62</sup>.

Esta, porém, não parece ser a melhor opinião, porque todos os fenômenos acima apontados podem decorrer naturalmente do exercício eficiente da atividade econômica, não sendo por isso considerados abusivos.

De maior correição goza a opinião de Ulhoa Coelho, que escreveu em seus comentários à Lei n. 8.884/94:

Se o empresário titular de poder econômico exerce-o ao competir com os demais agentes atuantes no mesmo mercado, e lucra ou tira vantagem de sua posição destacada, nada há de irregular nisto. É apenas o jogo competitivo característico do regime capitalista, em que os mais fortes economicamente falando se valem desse fator de supremacia para ampliar sua participação no mercado, por evidente em detrimento da de outros empresários.<sup>63</sup>

Esta opinião foi mantida pelo autor no Manual de Direito Comercial: “*as infrações à ordem econômica estão definidas na Lei n. 8.884/94 (LIOE). Para a sua caracterização, é necessário conjugarem-se dois dispositivos deste diploma legal: de um lado, o art. 20, que estabelece o objetivo ou efeitos possíveis da prática empresarial ilícita; de outro, o art. 21, que elenca diversas hipóteses em que a infração pode ocorrer*” e segue “*se os objetivos pretendidos não têm relação com exercício abusivo do poder econômico, não existirá qualquer ilicitude*”<sup>64</sup>.

Assim também colocaram José Carlos de Magalhães e Onofre Carlos de Arruda Sampaio: “*mesmo o monopólio é lícito desde que não resulte de processo,*

---

<sup>62</sup> COMPARATO, *ob cit*, p.382.

<sup>63</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro: comentários a Lei n. 8.884/94**, p.51.

<sup>64</sup> COELHO, **Manual de Direito Comercial**, pp.19-20.

*gradual ou não, de eliminação de concorrentes, mediante abuso do poder econômico” e continuam “se não houver abuso do poder econômico, mas de um ato determinado resultar dominação de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros, não poderia a lei simplesmente vedá-lo sem ferir os princípios estabelecidos pela Constituição”<sup>65</sup>*

Na tentativa de esclarecer o que constitui o abuso de poder econômico, Sergio Varela Bruna percorreu caminho bastante interessante, recorrendo aos institutos do desvio de poder e do abuso do direito, pertencentes respectivamente ao Direito Público e ao Direito Privado.

Do abuso de direito distinguiu o abuso do poder pelo fato daquele constituir mau exercício do direito subjetivo, enquanto este constitui mau exercício de liberdade, qual seja, da liberdade de iniciativa. Quanto ao desvio de poder, a diferença mais significativa para o abuso do poder econômico encontra-se no fato de que a atuação da autoridade pública pauta-se pela promoção do interesse comum, enquanto a atuação do particular rege-se primordialmente pela satisfação das vontades particulares. Os três institutos, porém, trazem em seus cernes a característica do desvio de finalidade, núcleo do que o autor entende consistir em abuso de direito.

Trilhando este percurso, Varela Bruna definiu:

Tem-se por abuso do poder econômico o exercício, por parte de titular de posição dominante, de atividade empresarial contrariamente à sua função social, de forma a proporcionar-lhe, mediante restrição à liberdade de iniciativa e à livre concorrência, apropriação (efetiva ou potencial) da parcela da renda social superior àquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial, não sendo abusiva a restrição quando ela se justifique por razões de eficiência econômica, não tendo sido excedidos os meios estritamente necessários à obtenção de tal eficiência, e quando a prática não representa indevida violação de outros valores maiores (econômicos ou não) da ordem econômica<sup>66</sup>.

Apesar de criticar a utilidade do abuso do direito na conceituação do abuso de posição dominante, alegando que os núcleos dos conceitos os distinguem

---

<sup>65</sup> MAGALHÃES, *ob cit*, pp.33, 36.

<sup>66</sup> BRUNA, *ob cit*, pp.177-178.

irremediavelmente – o de um constitui direito enquanto o outro uma situação de fato, Paula Forgioni concorda com a importância dada por Varella Bruna à comprovação da posição dominante para a configuração do abuso do poder econômico, exatamente porque entende que a abusividade do ato depende da lesão à liberdade de concorrência e de livre iniciativa, somente praticáveis por entes em posição dominante<sup>67</sup>.

O maior problema dos conceitos acima citados, assim como o de todos os demais até hoje elaborados, é o de utilizar-se de expressões fluidas, costumeiramente denominadas abertas, obrigando o legislador a estabelecer parâmetros para que sua utilização na legislação antitruste não ficasse de todo a sorte do intérprete. No direito brasileiro, presume-se a detenção de poder econômico por uma sociedade, ou a ocupação de posição dominante, pelo controle de ao menos 20% (vinte por cento) do mercado relevante<sup>68</sup> ou faturamento acima de 400 milhões de reais<sup>69</sup>.

Concluimos que, na dinâmica do mercado, deter poder econômico significa possuir a capacidade de influir a seu proveito nos mecanismos da oferta e da procura, em prejuízo da própria concorrência, desestimulando os demais agentes econômicos a participarem do mercado. Mas para compreendermos completamente este conceito, necessário entender também a que o poder econômico se opõe.

Haveria concorrência perfeita quando houvesse tal número de compradores e vendedores no mercado, que a participação de cada um deles fosse individualmente insignificante, incapaz de afetar sensivelmente os volumes de produtos oferecidos e procurados e, portanto, incapaz de modificar o preço de equilíbrio do mercado. Além disso, afirma Varella Bruna, *“o produto ofertado deve ser também homogêneo, sem qualquer diferença entre os bens produzidos pelos diversos produtores, não só em relação ao preço, mas também em relação a características como qualidade e*

---

<sup>67</sup> FORGIONE, *ob cit*, pp.233, 277.

<sup>68</sup> Para a discriminação do que constitui mercado relevante, a doutrina estabelece vários critérios utilizáveis: 1) faturamento (mais adequado quando os preços forem relativamente homogêneos), 2) capacidade produtiva, 3) quantidade numérica de vendas (que não deve ser utilizada quando os preços ou a qualidade dos produtos sejam muito diferentes).

<sup>69</sup> Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, título VII, capítulo I, artigo 54, parágrafo 3º, com redação dada pela Lei 10.149, de 21 de dezembro de 2000.

*apresentação, o que faz com que a identificação dos produtos por marcas de comércio ou indústria seja incompatível com o modelo, ainda que a qualidade dos produtos seja idêntica”<sup>70</sup>.*

Tal exigência se mostra absolutamente incompatível com o capitalismo praticado atualmente, onde a segmentação e a diferenciação é um dos principais instrumentos de competição. Ademais, tal perfeição só poderia ocorrer se todos os concorrentes tivessem acesso aos mesmos fatores de produção: tecnologia, informações do mercado, barreiras flexíveis à entrada de novos competidores, ausência de fenômenos externos que gerem custos não compensados, entre outros.

Em razão da impossibilidade de se promover a concorrência perfeita, a legislação antitruste tem como objetivo promover a eficiência econômica, entendida como a maximização de lucros em consonância com a maximização da satisfação dos consumidores.

Nas palavras de Forgioni:

A concorrência, é cediço, prejudica os concorrentes, mas esses prejuízos podem ser lícitamente causados, desde que resultantes ‘de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores’. Ou seja, desde que uma empresa seja mais capacitada que seu concorrente, poderá lícitamente buscar a posição dominante no mercado, vindo até a domina-lo, inclusive com a eliminação de seus competidores<sup>71</sup>.

Assim também coloca Varella Bruna, ao afirmar que se admite que um concorrente procure eliminar os demais, porém somente através de práticas legítimas, fundadas na soberania de eficiência<sup>72</sup>.

Dentro desta perspectiva, há a possibilidade efetiva de exercício do poder econômico, mesmo que antinatural, decorrente de um fenômeno de concentração, desde que de acordo com os princípios da ordem econômica constitucional, respeitada

---

<sup>70</sup> BRUNA, *ob cit*, pp. 26-27.

<sup>71</sup> FORGIONI, *ob cit*, pp.232-233.

<sup>72</sup> BRUNA, *ob cit*, p.65.

a livre concorrência, a livre iniciativa dos demais agentes econômicos, e **outros tantos** princípios como anteriormente tivemos a oportunidade de ver.

Isto se viabiliza pela adoção no Brasil do sistema antitruste de concorrência-meio, como instrumento de realização da justiça social, reprimindo unicamente as práticas traduzidas em um dano efetivo, considerando ilegal somente o exercício comprovadamente abusivo do poder econômico<sup>73</sup>.

Ressalte-se, porém, que a justiça social não é o objetivo visado pela antitruste em si, a finalidade que motiva sua existência. Afirma com conhecimento Paula Forgioni que aceitar a justiça social ou qualquer outro bem jurídico como idealizador de tal lei, acabaria por rejeitar sua caracterização como sistema de concorrência-meio, passando a qualifica-lo como de concorrência-fim, ainda que este objetivo seja a justiça social. Na regulação do antitruste, o papel da justiça social é o mesmo desempenhado pela livre iniciativa e pela livre concorrência: pautar a interpretação e a aplicação das normas<sup>74</sup>, tal qual o fazem todos os objetivos traçados constitucionalmente para o Estado, que estabelecem a finalidade deste e, por consequência, a finalidade de todo o ordenamento jurídico.

Ao contrário do sistema brasileiro, o sistema norte-americano optou pelo modelo da concorrência-fim, protegendo a livre concorrência como um bem jurídico em si mesma, reprimindo práticas que tenham meramente potencial ofensivo contra ela. Em tal modelo, certos atos são tipificados como ilícitos por si só, sem sequer a averiguação da existência de poder econômico ou da avaliação das eficiências por ele

---

<sup>73</sup> Diz-se ser uma questão de grau o que constitui abuso do poder econômico: os autores são unânimes em afirmar que poder econômico é um dado estrutural que, não podendo ser suprimido, deve ser considerado como um fator a mais na análise do mercado.

Sérgio Varella Bruna destaca em seu livro supra mencionado a Teoria da Concorrência Monopolística, de Edward Hastings Chamberlin, para quem os produtos encontram-se de tal maneira diferenciados na atual estrutura capitalista, que se poderia dizer que cada um dos produtores atua em regime de monopólio em uma parcela de mercado, dentro da qual interfere na quantidade de bens ofertados e, em consequência, em seus preços. Então, quanto mais diferenciados os produtos sucedâneos, mas distante a concorrência da perfeição e mais próxima do monopólio, o que quer dizer que concorrência e monopólio não se desenvolvem dentro de uma lógica maniqueísta, um regime excluindo absolutamente o outro, mas que seriam paralelos.

<sup>74</sup> FORGIONE, *ob cit*, pp.156, 231.

proporcionadas. Para flexibilizar este sistema de ilicitude *per se*, a Jurisprudência criou a chamada *rule of reason*, que permite ao agente isentar-se da punibilidade decorrente do ilícito, comprovando os ganhos de eficiência resultantes do ato ou a inexistência de danos à concorrência. Nesta situação, a conduta só será considerada ilícita se gerar uma restrição desarrazoada aos mecanismos da concorrência.

Ante a inexistência em nosso sistema de ilicitude objetiva, como princípio de Direito Penal, a regra da razão<sup>75</sup> não se aplica ao direito brasileiro, de modo que a flexibilização do nosso sistema ocorre pela possibilidade do Conselho Administrativo de Direito Econômico - CADE emitir autorizações para atos concentratórios que entenda desejáveis. No direito antitruste brasileiro o que se pune é o abuso do poder econômico, sendo intuitiva a análise das eficiências e do contexto onde se deu o ato para excluir a abusividade da conduta.

O modelo de sistema que prioriza os efetivos resultados obtidos pelo ato de concentração, encarando a proteção da concorrência como um instrumento para obtenção de objetivos mais relevantes, permite seu sacrifício em nome da proteção de outros interesses socialmente colimados, como a manutenção da soberania da indústria nacional e o alcance do pleno emprego, como atesta Sérgio Varella Bruna ao afirmar que “*a análise da conveniência de admitir-se um certo grau de poder econômico e, portanto, um certo nível de restrição à concorrência, além de casuística, variará conforme a ideologia econômica prevalente*”<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> Sobre a aplicação da regra da razão no direito brasileiro, dissonante do entendimento de Varella Bruna é o de Waldirio Bulgarelli e Assis Gonçalves Neto, para quem “*deve prevalecer na matéria, portanto, a regra da razão, segundo a qual é necessário que, na interpretação e aplicação da norma dessa lei, relativamente às práticas comerciais restritivas, analise-se a razoabilidade da conduta frente aos fins visados pelo empresário e as alternativas possíveis no mercado considerado. Por meio dessa regra, diz-se que são condenáveis as práticas que restringem a concorrência sem justificativa razoável*” (Manual de Direito Comercial, p.236).

<sup>76</sup> BRUNA, *ob cit*, p.174.

## 5. EFEITOS DA CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS

### 5.1 As vantagens e desvantagens dos movimentos concentratórios

Quando a concentração de empresas ocorre, o poder econômico se concentra no domínio da sociedade resultante, presumido-se sua utilização anticoncorrencial meramente pela detenção deste poder. Tal presunção se justifica tendo em vista o alto potencial lesivo do abuso do poder econômico para a livre concorrência, tida como princípio garantidor da manutenção das estruturas de mercado, por uma opção política do legislador constitucional. Assim, garantir a livre concorrência é garantir a manutenção das relações de troca capitalistas, que por sua vez é instrumento de realização da justiça social, fim último do Estado nacional.

Concretamente, o que pode vir a ocorrer com a concentração de poder econômico nas mãos de um só agente, é que o mercado se torne de tal maneira dependente, que este agente seja capaz de, diminuindo propositalmente a oferta de produtos, elevar os preços sem queda de vendas, auferindo mais lucros do que lhe seria lícito, promovendo assim uma má distribuição de renda e prejudicando, por conseguinte, a realização da justiça social.

Todavia, a presunção de lesividade da posição dominante é do tipo *iuris tantum*, podendo ser contestada pela comprovação de que a concentração do poder econômico não será socialmente lesiva, ou ainda, que trará mais vantagens do que prejuízos à coletividade. Isto se justifica porque, no saber de Fábio Ulhoa Coelho, “*não há bom senso, nem assim pode querer a lei, na defesa da competição como um valor abstrato, em detrimento de efetiva melhoria de níveis de desemprego, desenvolvimento tecnológico, melhor atendimento aos consumidores, etc.*”<sup>77</sup>.

A tarefa de aferir os resultados concretos consistiria no que Varella Bruna, ao analisar o monopólio, denominou de “*avaliação efetiva do custo social do monopólio*”, relevando a necessidade de se investigar também qual a destinação dada

---

<sup>77</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro: comentários a Lei n. 8.884/94.** São Paulo: Saraiva, 1995, p.24.

pela sociedade dominante a seus lucros extraordinários, afirmando que o emprego de tais recursos em atividades socialmente relevantes poderia justificar supressão da concorrência, caso represente um ganho social que a justifique<sup>78</sup>.

Os atos de concentração de empresas sempre importam em grandes ganhos e grandes perdas, o que justifica a cisão na doutrina entre os que defendem ferrenhamente o fenômeno e os que o rejeitam com fervor.

A discussão travada, no entanto, não se iniciou no seio do direito, mas sim com os estudiosos da economia, que o analisaram na tentativa de deduzir se consistiria ou não em meio saudável de promover o desenvolvimento econômico.

Na celeuma dogmática que se desenvolveu, duas escolas se sobressaíram<sup>79</sup>: a Escola de Harvard, que concluiu pela predominância dos aspectos negativos da concentração, e a Escola de Chicago, que surgiu da crítica da doutrina anterior e apontou as eficiências da concentração de empresas.

Para os adeptos da Escola de Harvard, a concentração leva à estagnação; à cobrança abusiva de preços, queda na qualidade dos produtos e serviços, desinteresse em desenvolver tecnologias. A concorrência passa a se basear, primordialmente, na publicidade e as barreiras para entrada de novos produtos se tornam praticamente intransponíveis, com a sociedade dominante contando com baixos custos decorrentes do controle das técnicas e fatores de produção, um produto consolidado na preferência do consumidor, rede de distribuição plenamente desenvolvida, etc. Um panorama como este só poderia gerar desigualdade na distribuição de riquezas.

Os pensadores da Escola de Chicago, por outro lado, asseguram que o fenômeno desvela uma desejável intenção de unir esforços produtivos em busca da eficiência, tornando as sociedades envolvidas mais competitivas, e apontando outras eficiências produzidas pela concentração.

A partir destas duas escolas, novas doutrinas surgiram, entre as quais a Teoria dos Mercados Contestáveis, afirmando que, onde houver contestabilidade de mercado,

---

<sup>78</sup> BRUNA, *ob cit*, p.35.

<sup>79</sup> BRUNA, *ob cit*, p.42.

ou seja, onde as barreiras à entrada de novos competidores forem flexíveis, permitindo sua entrada e saída sem maiores custos, haverá capacidade de se efetivarem as eficiências típicas da concorrência perfeita, mesmo com a autorização de atos concentratórios.

Outra teoria relevante foi a da Nova Economia Industrial, defendendo que a estrutura de mercado não é necessariamente um determinante da conduta e do desempenho dos concorrentes: o mercado não determina necessariamente a conduta das sociedades; estas também podem influenciar na conduta do mercado. Mesmo com muitos agentes competindo, um deles pode, por exemplo, produzir menos que sua capacidade para elevar os preços gerais do mercado, manipulando a lei da oferta e da procura. Este fato pode ocorrer naturalmente, quando a capacidade produtiva das sociedades nacionais chega ao ápice e, devido às facilidades de entrada no mercado nacional por sociedades externas, uma multinacional se instala no país, com um poder capital tão grande que leva às demais à bancarrota. Aliás, a ausência de ociosidade produtiva dos produtores é um dos fatores que indicam ausência de barreiras à entrada de novos competidores no mercado.

A menção de todas estas doutrinas econômicas, apesar de parecerem descontextualizadas em uma monografia jurídica, tem sua razão de ser na comprovação do que os cientistas econômicos a muito já aceitaram: o fato de que no estágio atual do capitalismo, quando a substituição de importações e o protecionismo explícito do mercado interno foram suplantados pelos blocos econômicos e pelo livre comércio, a concentração de empresas se mostra a única forma das sociedades nacionais, principalmente em um país de capitalismo tardio e pouco industrializado como o nosso, participarem da economia mundial.

As experiências dos economistas comprovam que nem sempre a concentração vai significar limitação da concorrência ou da livre iniciativa. Da Teoria dos Mercados Contestáveis, concluímos que para que a livre iniciativa e a livre concorrência sejam garantidas em mercados concentrados, onde os altos ganhos seduzem investidores interessados, basta que o Estado garanta a flexibilização das barreiras para a entrada de novos agentes oferecendo, por exemplo, incentivos fiscais e facilitando os

procedimentos burocráticos para instalação das novas sociedades. Como afirma com convicção Paula Forgioni: *“se todos os desastres previstos nos antigos livros de economia não ocorreram, é porque as imperfeições que se verificam no mercado não são necessariamente danosas em longo prazo. Não seria, pois, oportuno que a política da concorrência tivesse por escopo a eliminação de todas essas imperfeições que podem acabar funcionando como um fator de neutralização de outras disfunções do mercado”*<sup>80</sup>.

Além disto, a Teoria da Nova Economia Industrial atesta que a diluição da concorrência em um mercado não é garantia de que o poder econômico não será utilizado egoisticamente, porque, na inexistência de um mercado tão descentralizado que não agregue poder econômico, qualquer dos agentes pode minorar sua capacidade produtiva e assim, oferecendo menos produtos no mercado, obter uma alta de preços que lhe favoreça. Esta possibilidade adquire ainda mais relevância ante ao fato de que nossas indústrias ainda não adquiriram porte de grandes empresas, produzindo no limite de abastecimento do mercado, afetando-o drasticamente com qualquer diminuição na produção.

Para possibilitar a participação de nossas sociedades em condições de igualdade com as multinacionais que dominam o mercado internacional, alavancando as exportações e tornando auto-suficiente o mercado interno, é preciso que as sociedades nacionais passem a produzir em escala e alcancem um elevado grau de desenvolvimento tecnológico, o que se torna difícil pelos altos custos que isto envolve.

Mesmo na conquista de mercado, adquirir sociedades locais é mais prático e menos custoso do que construir novas filiais, porque não conta com o inconveniente de ter de atender aos requisitos burocráticos impostos pela legislação local nem o demorado e dispendioso trabalho de captação de clientela. Em ambas as situações a concentração de empresas se mostra uma saída bastante eficaz.

As vantagens que podem advir de atos de concentração de empresas são chamadas pela doutrina de eficiências. Sobre elas, asseverou Proença: *“as eficiências*

---

<sup>80</sup> FORGIONI, *ob cit*, p.156.

*reconhecidas pela Lei Antitruste brasileira incluem: o aumento da produtividade, a melhoria na qualidade de bens e serviços, o desenvolvimento tecnológico”, lembrando a seguir que o Conselho Administrativo de Direito Econômico – CADE, já admitiu como eficiência o aumento das exportações, competitividade em nível internacional e mesmo a preservação do quadro de funcionários*<sup>81</sup>.

*Como afirma Fabio Ulhoa Coelho: “no contexto, devem-se considerar as muitas hipóteses em que a prática empresarial, embora tipificada como infração a ordem econômica, repercute favoravelmente em outros aspectos da economia. Por vezes a conduta infracional implica maior desenvolvimento econômico regional ou nacional, decréscimo da taxa de desemprego, geração de tributos, avanços tecnológicos e eficiência na produção”*<sup>82</sup>.

Imprudente seria negar os riscos que a concentração trás consigo – riscos que podem ou não vir a se efetivar, entre os quais estão as possibilidades de o agente que adquiriu posição dominante passar a interferir na dinâmica dos preços, exercer pressão política e sobre os demais agentes da cadeia produtiva e utilizar-se de seu poder para obstaculizar a entrada de novos concorrentes no mercado em que atua. Mas, como acrescenta Forgioni:

...todo ato de concentração traz em si um certo teor de nocividade à livre concorrência. Porém como compensação ao fenômeno natural da concentração do poder, que se verifica em todas as economias de livre mercado, a Lei estabeleceu as eficiências para balancear a nocividade da concentração do poder econômico. Presentes às eficiências, os efeitos do ato deixam de ser nocivos à concorrência.<sup>83</sup>

As eficiências mencionadas na Lei 8.884/94 são aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços e propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico<sup>84</sup>. Mas este rol não deve ser tido como taxativo, até mesmo porque o significado da expressão aberta “desenvolvimento econômico” só será estipulado no momento da aplicação da lei, e terá conteúdo distinto a depender da

---

<sup>81</sup> PROENÇA, *ob cit*, pp.100, 102.

<sup>82</sup> COELHO, **Direito antitruste brasileiro: comentários a Lei n. 8.884/94**, p.25.

<sup>83</sup> FORGIONI, *ob cit*, p.147.

<sup>84</sup> Lei 8.884, de 11 de junho de 1984, título VII, capítulo I, artigo 54, parágrafos primeiro e segundo.

política econômica adotada em certa época e local. Desenvolvimento econômico pode muito bem englobar o pleno emprego, a manutenção da sociedade como contribuinte, entre outras possibilidades.

Diante dos riscos que a concentração envolve, impõe-se a avaliação concreta de se o cerceamento da liberdade de concorrência é mesmo o caminho mais eficiente, mesmo que não necessariamente o único, para buscar o desenvolvimento econômico, ou se há uma forma menos danosa de alcançar o mesmo resultado. Quando da análise da concentração, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica deve observar se a eficiência alegada pode ser obtida por outros meios menos agressivos e sopesar os ganhos sociais dela decorrentes, que devem favorecer ambos os lados, produtores e consumidores.

Segundo nossa opinião pessoal, os atos de concentração devem ser aceitos não só quando gerem eficiências, mas também quando deixem de gerar ineficiências. Neste sentido, sábias as palavras de Waldirio Bulgarelli acerca da concentração: *“contudo, ela não é proibida em si, distinguindo-se entre as boas e as más. Portanto, perfilha-se a idéia de que a concentração de empresas deve ser, não somente tolerada, mas, até mesmo estimulada, tendo em vista a necessidade de se planejar ou dar seguimento aos planos da Política Econômica”*<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> BULGARELLI, *Concentração de Empresas e Direito Antitruste*, p.117.

## 6. CONCLUSÃO

Os doutrinadores que se debruçaram no estudo do Direito Econômico são unânimes em afirmar, à luz do que nos mostram os dados fornecidos pela economia, que a concorrência perfeita tornou-se uma utopia e que o poder econômico passou a ser considerado um elemento estrutural, absolutamente internalizado nas relações de mercado. Tanto é assim que, de acordo com Eros Grau, a própria Constituição reconheceu sua existência, ao mesmo tempo em que consagrou o dever de coibi-lo<sup>86</sup>.

Frente a esta inafastável realidade, a principal tarefa do Estado Moderno passa a ser a de promover o melhor convívio com o poder econômico, aceitando seu exercício na medida em que contribua para a realização dos objetivos sociais e restringindo sua condenação exclusivamente quando abusivo.

Certamente sua regulação se justifica por sua capacidade de subverter um dos pilares da promoção da justiça social no Brasil, que é a distribuição de renda, todavia, cabe-nos acompanhar as mudanças e cuidar para que seu exercício produza mais efeitos socialmente desejáveis do que nocivos.

Doutrinadores mais progressistas como Varella Bruna não se furtam em relevar a necessidade de se utilizar favoravelmente o poderio econômico: *“a diferenciação de produtos, as economias de escala e as concentrações de poder econômico são coisas normalmente presentes na realidade e não representam necessariamente um mal a ser combatido, senão muitas vezes um objetivo a alcançar, em prol da eficiência e da competitividade, mormente no campo internacional”*<sup>87</sup>.

Nesta tarefa, três são os objetivos mencionados pela doutrina como norteadores do antitruste: a defesa do consumidor, a adequada distribuição de renda e a proteção ao trabalho humano.

---

<sup>86</sup> Nas próprias palavras de Eros Roberto Grau: *“o poder econômico – é não apenas um elemento da realidade, porém um dado constitucionalmente institucionalizado, no mesmo texto que consagra o princípio. O § 4º do art. 173 refere ‘abuso do poder econômico’. Vale dizer: a Constituição de 1988 o reconhece.”*(ob cit, p.22).

<sup>87</sup> BRUNA, ob cit, pp.63-64.

Em sua homenagem, os Princípios da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência devem ser contrapostos ao da Função Social e Continuidade da Empresa, aplicando-se os que apontarem um caminho mais eficiente na promoção do pleno emprego, da dignidade humana e da justiça social.

Este é o trajeto apontado por Eros Roberto Grau, quando menciona os “jogos de princípios”<sup>88</sup>, e Paula Forgioni, seguindo o mesmo raciocínio, no que chama “jogo dos interesses protegidos”:

temos, então, contida no texto normativo uma multiplicidade de interesses que reclamam proteção jurídica e que implica, como é logo de se perceber, mais um dos meios de que dispõe a autoridade para, utilizando-se das possibilidades que são dadas pela lei, concretizar uma política econômica, mediante a opção por um desses interesses. Assim, a partir do momento em que, em um caso concreto, decide-se declarar um interesse como digno de tutela jurídica, temos que todos os outros interesses, que se abrigam nas mesmas normas, não são inválidos ou ineficazes, mas apenas é afastada sua tutela naquele caso concreto. Não há, portanto, qualquer antinomia ao se optar pela proteção de um determinado interesse em detrimento de tantos outros<sup>89</sup>.

Todavia, o pleno emprego, a defesa do consumidor, a dignidade da pessoa humana e a justiça social, apesar de positivados como princípios, possuem conteúdo de normas-fim, que devem guiar a hermenêutica e a prática de toda a legislação antitruste, especialmente diante do fato de estar a lei repleta de conceitos abertos, cujos parâmetros de preenchimento só podem ser encontrados na realidade social. Como normas-fim, não podem ser derogadas em nome de nenhum princípio, devendo despontar como as finalidades em nome das quais foram consagrados.

De resto, é “*verificar se a restrição à concorrência não traduz um mal menor, justificável tendo em vista o mal maior que foi evitado*”, e perquirir “*se o poder econômico, num dado caso concreto, enseja maior ganho social relativamente ao regime concorrencial. Tal não deixa de ser, em termos mais simples, uma avaliação à*

---

<sup>88</sup> Vide capítulo 4, item 4.2.2, p.28.

<sup>89</sup> FORGIONI, *ob cit*, pp.219-221.

*luz do critério de custo-benefício, a qual, se favorável, resultará na admissão da licitude do poder econômico”, como afirma Varella Bruna<sup>90</sup>.*

A concentração, atualmente, traduz-se numa manifestação da própria concorrência. O modo de encara-la reflete uma escolha de política econômica, resumida nas palavras de U. W. Rqsmussen da seguinte forma: “*o problema fundamental da economia moderna não é mais a mera titularidade da riqueza, mas o controle sobre ela*”<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> BRUNA, *ob cit*, pp. 155, 156, 174.

<sup>91</sup> RQSMUSSEN, U. W. **Holdings e joint ventures: uma análise transaccional de consolidação e fusões empresariais**. São Paulo: Aduaneiras, 1988, p.21.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BOITEUX, Fernando Neto. **A função social da empresa e o Novo Código Civil**. *Revista de Direito Mercantil* n. 125, jan-mar/2002, São Paulo: Malheiros, pp.48-57.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

BULGARELLI, Waldirio. **Manual das Sociedades Anônimas**. 10º ed., São Paulo: Atlas, 1998.

\_\_\_\_\_. **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**. 3º ed., São Paulo: Atlas, 1997.

\_\_\_\_\_. **Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades**. 5º ed., São Paulo: Atlas, 2000.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito antitruste brasileiro: comentários a Lei n. 8.884/94**. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fabio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3º ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Manual de Direito Comercial**. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros Ed., 1998.

MAGALHÃES, José Carlos de. SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. **A concentração de empresas e a competência do CADE**. RDM n.113, jan-mar/1999, São Paulo: Malheiros, pp.30-44.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 22ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 17ª ed., São Paulo: Malheiros Ed., 1992

NOGUEIRA, Jose Carlos da Silva. O Contrato de 'joint venture' na matéria antitruste. **Revista de Direito Mercantil n. 125, jan-mar/2002**, São Paulo: Malheiros, pp.58-61.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

RQSMUSSEN, U. W. **Holdings e joint ventures: uma análise transacional de consolidação e fusões empresariais**. São Paulo: Aduaneiras, 1988.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 21ªed. atualizada, v. 2, São Paulo: Saraiva, 1998.

SADDI, Jairo. **Considerações sobre alguns aspectos jurídicos dos atos de concentração no sistema financeiro nacional**. São Paulo: Malheiros, RDM n.113, jan-mar/1999, pp.99-107.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SZTJAN, Rachel. **Contrato de sociedade e formas societárias**. São Paulo: Saraiva, 1989.

THEODORO JUNIOR, Humberto. MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. **Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial**. São Paulo: Malheiros, RDM n. 122, abr-jun/2001, pp.07-32.