

Controle dos atos de concentração econômica em alguns países

Edison Rodrigues-Chaves¹

Sumário: 1. Introdução. 2. O controle norte-americano. 3. O controle canadense. 4. O controle na União européia. 5. O controle alemão. 6. O controle belga. 7. O controle francês. 8. O controle espanhol. 9. O controle português. 10. A lei antitruste brasileira. 11. Conclusão.

1. Introdução

Somente na teoria encontramos mercados perfeitos. À regra não escapa o oligopólio, em que a oferta de bens e serviços é predominantemente exercida por um seletivo grupo de empresas, cuja atuação acarreta o desequilíbrio entre a oferta e a procura. Compete ao Estado a adoção de medidas capazes de evitar e corrigir esse desequilíbrio: a adoção do liberalismo econômico não descarta sua atuação na defesa do mercado e do consumidor, que o procura. Tem o Estado a obrigação permanente de regular a relação entre produtores e consumidores, como terceiro elemento básico do sistema econômico e fator de seu equilíbrio. Para tanto, deve o Estado dispor de elementos capazes de assegurar um relacionamento harmônico entre os diversos participantes do mercado, a livre concorrência. Entre eles inclui-se uma eficaz legislação antitruste², adotada por grande parte do mundo ocidental.

Não inova, portanto, o Brasil ao pretender assegurar a proteção ao Direito da Concorrência. Com efeito, da matéria cuidam, entre outros, os mais desenvolvidos Estados. No dizer de Cabanellas, em obra já clássica, “resulta así,

1 Advogado e jornalista, Edison Rodrigues-Chaves é Procurador Autárquico Federal e Conselheiro do CADE. Exerceu anteriormente, entre outros cargos, os de Consultor da União e Consultor-Geral da União, substituto; Corregedor-Geral da Advocacia da União; Secretário da Secretaria dos Direitos da Cidadania e Justiça e Consultor Jurídico do Ministério da Justiça; Consultor Jurídico do Ministério dos Transportes; Consultor Legislativo do Senado Federal; e Professor de Direito da Informação (Legislação Editorial e Legislação Jornalística) do Departamento de Jornalismo e Editoração, da Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo, onde, também, fez o Curso de Pós-Graduação, em Nível de Mestrado, em Ciências da Comunicação.

2 O primeiro diploma antitruste brasileiro, a Lei nº 4. 137, data de 1962.

como de la experiencia casi uniforme derivable del Derecho Comparado, que la efetiva vigencia de la legislación regulatoria de la competencia está estrechamente vinculada a la existencia de um sector industrial relativamente moderno, amplio y eficiente”³.

A título de exemplo, vejamos como a matéria é focalizada por alguns países, especialmente no que tange aos atos de concentração econômica. Estes não são um mal em si, a combater em uma guerra sem quartel. Mas devem ser submetidos a rigoroso controle, na medida em que podem prejudicar os interesses da maioria — mediante a fixação de preços abusivos de bens e serviços —, em benefício de uma privilegiada minoria.

2. O controle norte-americano

A riqueza ilimitada do Continente e a superioridade incontestável e incontestada da livre empresa e da livre concorrência foram os postulados básicos da economia norte-americana, durante cerca de duzentos anos⁴. A edição da Lei Sherman em 1880, a criação da *Federal Trade Commission*, em 1914, e outros diplomas reunidos sob a rubrica comum de *legislação antitruste* não deixaram de provocar uma certa perplexidade entre os que consideram os Estados Unidos o “paraíso do liberalismo econômico”⁵.

No dizer de Franceschini⁶, a Lei Sherman (Lei Pública nº 190, de 12 de julho de 1890), de iniciativa do Senador John Sherman, a Lei da Comissão Federal de Comércio (Lei Pública nº 205, de 26 de setembro de 1914), a Lei Clayton (Lei Pública nº 212, de 15 de outubro de 1914), proposta pelo Senador Henry L. Clayton, e a Lei Robinson-Patman (Lei Pública nº 692, de 1936), constituem o “arcabouço do sistema antitruste norte-americano”, considerado, sob o aspecto histórico, um verdadeiro “divisor de águas” nesta matéria.

Vidigal⁷, por sua vez, entende que o *Sherman Act* representa uma superação de preconceitos teóricos do liberalismo, repelindo, ao mesmo tempo, as posições dos coletivistas. Colocado diante da macroindústria, buscava o texto uma solução de síntese, na prática legislativa, pelo fortalecimento do mercado.

3 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*. Buenos Aires, Heliasta, 1983, p. 15.

4 GEORGE, Pierre, *L'Économie des États-Unis*. 14^{ème} éd. Paris, PUF, 1984, p. 42.

5 VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 80.

6 FRANCESCINI, José Inácio Gonzaga. *A lei antitruste brasileira e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): alguns aspectos*. RDP nº 75, pp. 291-308.

7 VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Teoria Geral do Direito Econômico*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, pp. 24-25.

Observa-se, nos Estados Unidos da América, com relação aos aspectos puramente econômicos da Lei Sherman e das demais normas a ela vinculadas, que elas são destinadas a assegurar a eficiência do sistema produtivo, em particular no que tange à canalização de recursos aos diferentes setores da economia nacional, ao incentivo da produção, à investigação, à introdução de inovações no mercado e à distribuição da riqueza entre os diferentes setores da população. Quanto aos elementos não econômicos responsáveis pela legislação antitruste norte-americana, destacam-se a descentralização do poder econômico, a redução do campo em que a vontade privada pode interferir no bem-estar de terceiros, o incentivo às possibilidades individuais para o exercício de funções empresariais e a tendência à estruturação da sociedade mediante unidades mais reduzidas e próximas às inquietações individuais. Trata-se, no dizer de Cabanellas, “de um quadro complexo de elementos teleológicos, que têm incidido constantemente na evolução do Direito Antitruste norte-americano”⁸. A aprovação de monopólios e oligopólios — em regra geral condenados — há que ser feita, ali, com extremo cuidado, se preenchidas certas exigências em tudo semelhantes às de outras legislações.

O controle norte-americano da concentração de empresas é feito, especialmente, pelo *Clayton Act*. Em seu art. 7º, estabelece esse diploma que “nenhum agente econômico, engajado no comércio ou em qualquer atividade com ele relacionada, adquirirá, direta ou indiretamente, a totalidade ou qualquer parte do capital, ou ações do capital de outro agente econômico; e nenhum agente econômico sujeito à jurisdição da Comissão Federal de Comércio adquirirá a totalidade, ou qualquer parte dos ativos de outro agente econômico também engajado no comércio, ou em qualquer outra atividade relativa ao comércio, se em qualquer segmento comercial ou com este relacionado, em qualquer parte do País, puder causar substancial restrição à concorrência, ou propiciar a criação de monopólio”.

Em tese, todos os atos de concentração devem ser previamente comunicados à Comissão Federal de Comércio.

3. O controle canadense

No Canadá, a matéria sob exame é regulada pela Lei da Concorrência, de 1985 — *Loi sur la concurrence* —, cujo objeto, segundo seu item 1.1, é o de “preservar e favorecer a concorrência . . . , com o fim de estimular a adaptabilidade e a eficiência da economia canadense, de melhorar as possibi-

8 CABANELLAS, *op. cit.*, p. 36.

9 Ver, nesta edição, o texto integral do art. 7º, do *Clayton Act*, em tradução do advogado Pedro Dutra.

lidades de participação canadense nos mercados mundiais tendo em conta, ao mesmo tempo, o papel da concorrência estrangeira no Canadá, de assegurar à pequena e à média empresa uma oportunidade honesta de participar na economia canadense, assim como garantir aos consumidores preços competitivos e a possibilidade de escolha entre diversos produtos”. Naquele país, são consideradas *atos criminosos* as violações ao Direito da Concorrência, puníveis com até cinco anos de prisão e multa, no máximo, de 10 milhões de dólares canadenses¹⁰ (cerca de 7 milhões de reais). As penas podem ser aplicadas alternativamente. É passível de enquadramento no referido dispositivo todo aquele que conspire, se coalise ou conclua conluio, acordo, ou arranjo com outra pessoa:

- seja para limitar, indevidamente, as facilidades de transporte, de produção, de fabricação, de fornecimento, de armazenagem ou de negócio de um produto qualquer;
- seja para impedir, limitar ou reduzir, indevidamente, a fabricação ou produção de um produto, ou elevar despropositadamente seu preço;
- seja para impedir, limitar ou reduzir, indevidamente, a concorrência na produção, fabricação, compra, troca, venda, armazenagem, locação, transporte ou fornecimento de um produto, ou para desrespeitar preços contratados;
- seja, de qualquer outro modo, para restringir, indevidamente, a concorrência, ou causar-lhe prejuízo indevido.

Não são necessárias provas concretas de que um conluio, associação de interesses, acordo ou arranjo, se concretizado, eliminaria a concorrência no mercado, nem que os participantes da transação pretendiam eliminá-la.

Em sua decisão, o Tribunal da Concorrência pode considerar provas circunstanciais sobre a existência de conluio, associação de interesses, acordo ou arranjo.

Entre os negócios capazes de impedir ou de reduzir sensivelmente a concorrência, inclui a legislação canadense as incorporações de empresas. Elas são definidas como “a aquisição ou o estabelecimento — por uma ou várias pessoas, direta ou indiretamente, seja mediante compra ou locação de ações ou de elementos do ativo, seja pela fusão, associação de interesses ou outras — do controle sobre a totalidade ou parte de uma empresa de um concorrente, de um fornecedor, de um cliente, ou de outra pessoa, ou ainda de uma participação relativamente importante na totalidade ou em parte da referida empresa”. Se entender que uma incorporação de empresa, já realizada, impede ou reduz

10 Consideramos a seguinte equivalência entre o real e o dólar canadense: 1 real=0,702213 dólar canadense.

sensivelmente a concorrência em determinado mercado, o Tribunal poderá adotar uma das seguintes decisões:

- determinar que a incorporação seja desfeita;
- ordenar que os controladores da empresa incorporadora se desfaçam dos ativos ou ações da controlada, que haviam locado ou adquirido.

Na hipótese de uma incorporação proposta, ainda não concluída, pode o Tribunal interdita-la, se concluir por sua nocividade à concorrência; autorizá-la integralmente, se entender em sentido contrário; ou parcialmente, se atendidas determinadas condições.

4. O controle na União Européia

Na Comunidade Européia, as normas relativas à concorrência estão contidas, principalmente, nos artigos 85 e 86 do *Tratado de Roma*. Eles dispõem que “serão incompatíveis com o mercado comum e ficarão proibidos todos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas que possam afetar o comércio entre os Estados-Membros e tenham por objeto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no âmbito do mercado comum”. São expressamente vedadas as práticas que consistam em:

- limitar ou controlar a produção, o mercado, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- dividir os mercados ou as fontes de abastecimento;
- estabelecer condições desiguais para prestações equivalentes por terceiros contratantes, que lhes acarretem desvantagem competitiva;
- subordinar a celebração de contratos à aceitação, pelos contratantes, de prestações suplementares que, por sua natureza ou segundo os usos comerciais, não guardam relação alguma com o objeto dos referidos contratos.

Os acordos ou decisões proibidos pelo *Tratado de Roma* serão nulos de pleno direito, mas poderão ser admitidos, excepcionalmente, se contribuírem para a melhoria da produção ou da distribuição dos produtos, ou para o fomento do desenvolvimento técnico ou econômico, e reservem aos usuários ou consumidores finais uma participação equivalente no benefício resultante. Essa possibilidade, porém, não admitirá que:

- sejam impostas às empresas interessadas restrições que não sejam indispensáveis à consecução dos objetivos pretendidos;
- seja oferecida às referidas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência em uma parte substancial do mercado relevante dos produtos envolvidos.

Será incompatível com o mercado comum e por isso proibida, na medida em que possa afetar o comércio entre os Estados-Membros, a exploração abusiva, por parte de uma ou mais empresas, de uma posição dominante no Mercado Comum, ou em parte substancial dele. Essas práticas abusivas poderão consistir, particularmente em:

- impor direta ou indiretamente preços de compra, de venda ou outras condições de transação não equitativas;
- limitar a produção, o mercado ou o desenvolvimento técnico, em prejuízo dos consumidores;
- aplicar a terceiros contratantes condições desiguais para prestações equivalentes, que lhes ocasionem uma desvantagem competitiva;
- subordinar a celebração de contratos à aceitação, pelos outros contratantes, de prestações suplementares que, por sua natureza ou segundo os usos comerciais, não guardem relação alguma com o objeto dos referidos contratos.

Disposições complementares estão dispersas no Tratado de Roma — como, por exemplo, as normas relativas à relação entre o Direito Comunitário e os sistemas jurídicos nacionais — e nas decisões emanadas dos organismos de aplicação das regras de concorrência da Comunidade Européia, isto é, a Comissão e a Corte de Justiça.

O Regulamento nº 4.064/89¹¹ é o diploma específico de controle dos atos de concentração “com dimensão comunitária”, na União Européia. Segundo suas normas, um ato de contração possui dimensão comunitária nas seguintes hipóteses:

- quando a receita bruta mundial agregada e combinada, de todas as empresas envolvidas na operação, for superior a 5 bilhões de ECU¹²;
- a receita bruta agregada, no âmbito comunitário, de cada empresa, ou de, ao menos, duas das empresas envolvidas, for superior a 250 milhões de ECU.

Uma concentração que não crie ou reforce uma posição dominante será declarada compatível com o mercado comum, ainda que seu resultado restrinja significativamente a concorrência efetiva no referido mercado comum, ou em parcela substancial deste.

5. O controle alemão

Na Alemanha, a matéria é regulada pela Lei Contra Limitações da Concorrência, de 20 de fevereiro de 1990, que alterou a Lei de 27 de julho de

11 Ver, nesta edição, o texto do Regulamento nº 4.064/89, em tradução do advogado Pedro Dutra.

12 European Currency Unit, unidade monetária da União Européia.

1957. Segundo aquele diploma, presume-se que uma empresa ocupa posição dominante quando sua participação corresponder a pelo menos um terço do mercado, para determinado serviço ou mercadoria. Excetuam-se dessa regra as empresas cujas vendas no último exercício tenham sido inferiores a 250 milhões de marcos alemães, equivalentes a 159 milhões de dólares norte-americanos, ou a 167,2 milhões de reais¹³. Desde que as vendas no último exercício tenham sido inferiores a 100 milhões de marcos alemães — equivalentes a 66,8 milhões de reais —, a mesma regra será válida quando:

- três ou menos empresas detiverem, em conjunto, cinquenta por cento ou mais do mercado;
- cinco ou menos empresas detiverem, em conjunto, dois terços ou mais do mercado.

Em decorrência dessas normas, a legislação alemã exige, nos termos de seu art. 23, a comunicação imediata, ao Departamento Federal de Cartéis, da união de empresas que, no exercício anterior a ela tenham realizado vendas de mercadorias ou serviços iguais ou superiores a 500 milhões de marcos, isto é, 334,2 milhões de reais. Para fins desse cálculo, consideram-se as coligadas ou associadas como uma única empresa.

Entre outros atos, são entendidos como uniões, nos termos da Lei da Concorrência, os seguintes:

- a aquisição dos ativos de outra empresa, no todo ou em parte relevante, por integração, transformação ou outra modalidade;
- a aquisição de partes de outra empresa que, isoladamente ou em conjunto com outras que já sejam de propriedade do adquirente, atingirem 25 por cento ou mais do capital ou dos direitos de voto;
- os contratos celebrados com outra empresa, pelos quais é constituído grupo, no sentido do art. 18, da Lei alemã das Sociedades Anônimas, ou é aumentado o número de participantes de um grupo já existente; uma das empresas se obriga a gerir seus negócios por conta de outra, ou a transferir-lhe seus lucros, no todo ou em parte; uma das empresas arrenda, ou cede a outra, de qualquer outra maneira, no todo ou em parte, sua exploração;
- a coincidência de pessoas em pelo menos a metade dos membros do Conselho de Administração, Diretoria ou qualquer outro órgão de gestão das empresas;

13 Para a conversão dessas moedas, consideramos os seguintes valores: 1 real=0,952000 dólar norte-americano=0,668441 marco alemão.

- qualquer outra coligação, em virtude da qual uma ou várias empresas podem exercer, direta ou indiretamente, influência dominante sobre outra.

Para a legislação alemã, independentemente de qualquer outra regra, presume-se que uma união empresarial criará ou reforçará posição dominante de mercado, se uma empresa que, no exercício anterior, efetuou vendas de pelo menos dois bilhões de marcos alemães, ou cerca de 1,3 bilhões de reais, se une a outra que:

- opera em um mercado no qual pequenas e médias empresas detêm, no conjunto, dois terços das operações, e aquelas que se uniram participam, em conjunto, de pelo menos cinco por cento do mercado;
- domina um ou vários mercados, cujas vendas totais, no último ano civil, representaram, pelo menos, 150 milhões de marcos alemães (100,2 milhões de reais).

Também existe a presunção se as empresas que se uniram obtiveram, no exercício anterior à transação, resultados de vendas iguais ou superiores a 12 bilhões de marcos alemães (8 bilhões de reais) e que pelo menos duas ou mais dentre elas obtiveram, cada uma, resultados de vendas iguais ou superiores a um bilhão de marcos alemães, correspondentes a 668,5 milhões de reais.

Configurada qualquer das hipóteses acima transcritas, a união de empresas que acarrete a criação ou o reforço de posição dominante no mercado será proibida pelo Departamento Federal de Cartéis, a menos que as interessadas comprovem que a transação proporcionará o aperfeiçoamento das condições de concorrência, mais relevantes do que os inconvenientes do domínio do mercado. O Ministro Federal da Economia, porém, poderá autorizar a união, a requerimento das interessadas, **se a restrição à concorrência for compensada por vantagens para o conjunto da economia, ou por preponderante interesse geral.** No contexto, será também levada em conta a **capacidade competitiva das empresas interessadas em mercados externos, desde que se comprove que as limitações ao direito da livre concorrência não representam perigo para a ordem econômica.**

6. O controle belga

Não menos rigorosa é a Bélgica. A Lei de 5 de agosto de 1991 — Lei da Proteção da Concorrência Econômica — proíbe expressamente todos os acordos entre empresas, todas as decisões adotadas por associações de empresas e todas as práticas concertadas que tenham por objeto ou por efeito impedir, restringir ou falsear sensivelmente a concorrência no mercado belga, ou em parte substancial dele. Os atos de concentração, em virtude de sua potencialidade na limitação ou, de qualquer forma, em prejudicar a livre concorrência,

devem ser submetidos à **aprovação prévia** do Conselho da Concorrência. Este decide sobre a admissibilidade ou não, daqueles envolvendo empresas que tenham realizado em conjunto, no exercício anterior, negócios no valor de um bilhão de francos belgas, equivalentes a 32,5 milhões de reais¹⁴.

São inadmissíveis, em tese, as concentrações que tenham por efeito a aquisição ou o reforço de uma posição dominante, que restrinja, de maneira significativa, uma efetiva concorrência no mercado relevante, ou em uma parte substancial dele. Pode, no entanto, o Conselho da Concorrência admitir atos de concentração que contrariem as vedações legais, sempre que verifique a presença de uma contribuição à melhoria da produção ou da distribuição, à estrutura da concorrência no interior do mercado, ou à promoção do desenvolvimento técnico ou econômico, capaz de superar as restrições à concorrência.

No exame de cada caso, o Conselho terá em conta, ainda, o interesse econômico geral, a competitividade dos setores relevantes, sob o ponto-de-vista da concorrência internacional, assim como o interesse dos consumidores. De forma alguma, porém, poderá autorizar as concentrações que:

- imponham restrições às empresas envolvidas, que não sejam indispensáveis à realização do ato;
- proporcionem às empresas envolvidas a possibilidade de eliminar a concorrência de parte substancial dos produtos ou serviços em causa, no mercado relevante.

Se o Conselho considerar inadmissível o ato de concentração, determinará, com vistas ao restabelecimento de uma efetiva concorrência, a separação das empresas ou dos ativos agrupados, a cessação do controle comum, ou qualquer outra medida apropriada.

7. O controle francês

Os atos de concentração, na França, também são submetidos a controle, em decorrência de normas contidas na *Ordonnance* de 1º de dezembro de 1986. Para tanto, basta que se configure uma das hipóteses a seguir enunciadas, para que a operação passe pelo crivo do Conselho da Concorrência, por determinação do Ministro da Economia:

- se o conjunto das empresas envolvidas no ato de concentração representam mais de 25% das vendas, compras ou outras transações no mercado nacional de bens, de produtos ou de serviços relevantes, ou sobre uma parte substancial desse mercado (um mercado regional, por exemplo);

14 Para a conversão, consideramos 1 real=0,032478 franco belga.

- se as empresas interessadas atingiram, em conjunto, um faturamento de 7 bilhões de francos (cerca de 1,3 bilhão de reais), livre de impostos, e se duas ou uma dessas empresas realizaram, cada uma, um volume de negócios pelo menos igual a 2 bilhões de francos (cerca de 372 milhões de reais).

Vedados em princípio, os atos de concentração, na França, podem ter sua aprovação recomendada pelo Conselho da Concorrência, se representarem, para o progresso econômico, uma contribuição suficiente para compensar os prejuízos à concorrência deles decorrentes. Levará em conta, por exemplo, a competitividade das empresas partícipes da negociação, diante de seus concorrentes e da concorrência internacional. Após a análise, emite o Conselho um **Aviso** motivado, ao Ministro da Economia, a quem compete a decisão final.

8. O controle espanhol

Na Espanha, a Lei nº 16, de 17 de julho de 1989 — Lei de Defesa da Concorrência — proíbe “todo acordo, decisão ou recomendação coletiva, ou prática concertada ou conscientemente paralela, que tenha por objeto, produza ou possa produzir o efeito de impedir, restringir ou falsear a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional. A aplicação dessa lei compete ao Tribunal de Defesa da Concorrência, que poderá autorizar acordos, decisões, recomendações e outras práticas acima referidas, tendentes a melhorar a produção ou comercialização de bens e serviços, ou a promover o progresso técnico ou econômico, sempre que:

- permitam aos consumidores ou usuários participar de forma adequada de suas vantagens;
- não imponham às empresas interessadas restrições que não sejam indispensáveis à consecução daqueles objetivos;
- não permitam às empresas partícipes a eliminação da concorrência, relacionada com uma parte substancial dos produtos ou serviços envolvidos.

Também poderão ser autorizados, desde que justifiquem a situação econômica geral e o interesse público, os acordos, decisões, recomendações e práticas que:

- tenham por objeto defender ou promover as exportações, desde que compatíveis com as obrigações resultantes dos convênios internacionais ratificados pela Espanha;
- tenham por objeto a adequação da oferta à procura, quando se manifeste no mercado uma tendência de redução desta, ou quando o excesso da capacidade produtiva seja altamente antieconômico; ou

- atendendo a sua pouca importância, não sejam capazes de afetar de maneira significativa a concorrência.

Todo projeto ou operação de concentração de empresas, ou de controle de uma ou várias empresas, por parte de outra pessoa, empresa ou grupo de empresa, poderá ser submetido pelo Ministro da Economia e Fazenda ao Tribunal de Defesa da Concorrência, sempre que afete ou possa afetar o mercado espanhol, especialmente mediante a criação ou o fortalecimento de uma posição dominante, especialmente quando:

- for configurada ou aumentada uma participação no mercado nacional, ou de uma parte substancial deste, de determinado produto ou serviço, superior a 25%;
- o volume global de vendas do conjunto de partícipes, na Espanha, no último exercício contábil, supere a importância de 20 bilhões de pesetas¹⁵, correspondente a 150,4 milhões de reais.

Todavia, ao examinar qualquer ato de concentração, o Tribunal levará em conta as seguintes circunstâncias:

- delimitação e estrutura do mercado relevante;
- possibilidades de escolha dos fornecedores, distribuidores ou usuários;
- poder econômico e financeiro das empresas interessadas;
- evolução da oferta e da procura;
- concorrência externa.

O Tribunal poderá considerar, também, a contribuição que o ato de concentração ou controle possa acarretar à melhoria dos sistemas de produção ou comercialização, ao fomento do progresso técnico ou econômico, à competitividade internacional da indústria nacional, ou aos interesses dos consumidores ou usuários e se este aporte é suficiente para compensar os seus efeitos restritivos sobre a concorrência. Do exame do ato de concentração poderá resultar, por parte do Governo, com base na recomendação do Tribunal:

- sua aprovação, sem qualquer restrição;
- sua aprovação subordinada à observância de determinadas condições, que apótem ao progresso econômico e social uma contribuição, capaz de compensar seus efeitos restritivos à concorrência;
- declará-la improcedente.

Neste último caso, será determinado às empresas partícipes que não concretizem o ato, se não houver sido realizado, ou que adotem medidas

15 Para efeito de cálculo, consideramos a seguinte equivalência: 1 real=0,0075221 peseta.

apropriadas ao estabelecimento de uma concorrência efetiva, incluída a desconcentração ou a cessação do controle. O não cumprimento da determinação — sem prejuízo da aplicação das medidas de execução judicial — poderá acarretar a imposição, a cada uma das empresas envolvidas, de multa correspondente a até 10% de seu respectivo volume de vendas na Espanha.

9. O controle português

Em Portugal, o regime geral da defesa e promoção da concorrência é estabelecido pelo Decreto-Lei nº 371, de 29 de outubro de 1993. Excetuando-se as restrições à concorrência decorrentes de lei especial, o diploma é aplicável:

- a todas as atividades econômicas exercidas, com caráter permanente ou ocasional, nos setores privado, público e cooperativo;
- às práticas restritivas da concorrência que ocorram em território nacional, ou que neste possam ter ou tenham efeitos.

Segundo o Decreto-Lei nº 371/93, são expressamente vedados os acordos e práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, especialmente os que se traduzam em:

- fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou interferir na sua determinação pelo livre jogo do mercado, induzindo, artificialmente, quer a sua alta quer a sua baixa;
- fixar, de forma direta ou indireta, outras condições de transação efetuadas no mesmo ou em diferentes estágios do processo econômico;
- limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
- aplicar, de forma sistemática ou ocasional, condições discriminatórias de preço ou outras relativamente a prestações equivalentes;
- recusar, direta ou indiretamente, a compra ou venda de bens e a prestação de serviços;
- subordinar a celebração de contratos à aceitação de obrigações suplementares que, por sua natureza ou segundo os usos comerciais, não tenham ligação com o objeto dos referidos contratos.

Serão nulos os acordos ou decisões que contrariem estas regras, salvo se enquadrados nas seguintes hipóteses, avaliadas em processo regular pelo Conselho da Concorrência:

- reservem aos consumidores ou tomadores finais dos bens ou serviços uma parte equitativa do benefício resultante;
- não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis aos objetivos colimados;
- não proporcionem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência em uma parte substancial do mercado de bens ou serviços em causa.

É também proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou em parte substancial deste, que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência. O Direito português da Concorrência entende que dispõem de posição dominante relativamente ao mercado de determinado bem ou serviço:

- a empresa que atua em um mercado no qual não sofre concorrência significativa, ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes;
- duas ou mais empresas que atuam concertadamente em um mercado, no qual não sofrem concorrência significativa, ou assumem preponderância relativamente a terceiros.

Sem prejuízo da ponderação, em cada caso concreto, de outros fatores relativos às empresas e ao mercado, presume-se que uma empresa dispõe de posição dominante no mercado de bens ou serviços, se nele detiver uma participação igual ou superior a trinta por cento. Será considerada dominante a posição de duas ou mais empresas que atuam concertadamente no mercado nacional de bens ou serviços, se nele detiverem:

- uma participação igual ou superior a cinquenta por cento, tratando-se de três ou menos empresas;
- uma participação igual ou superior a sessenta e cinco por cento, tratando-se de cinco ou menos empresas.

10. A lei antitruste brasileira

Na Lei Fundamental brasileira de 1988, a livre concorrência é um dos dez princípios que informam a concepção constitucional da Ordem Econômica. E a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transformou em Autarquia o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE, dando-lhe, potencialmente, maior autonomia — que precisa e deve ser exercitada — dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Informa o parágrafo único de seu art. 1º, ser a coletividade a titular dos bens jurídicos por aquela lei protegidos. Exige o referido diploma, em seu art. 54, que sejam submetidos à apreciação do CADE “os atos, sob qualquer forma manifestados,

que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”. Incluem-se entre esses atos aqueles que “visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas, ou qualquer forma de agrupamento societário que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante”.

Poderá o CADE autorizar os atos a que se refere o *caput* do art. 54, da Lei nº 8.884, de 1994, desde que atendam as seguintes condições:

- tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente, aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços, ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;
- os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;
- não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;
- sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Também poderão ser considerados legítimos os atos aqui referidos, desde que atendidas pelo menos três das condições acima enunciadas, “quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não implique prejuízo ao consumidor ou usuário final”.

7. Conclusão

Tanto a Lei brasileira, quanto a de outros países, possibilitam a aprovação dos atos de concentração econômica, se atendidas certas particularidades. Os que defendem indiscriminadamente os atos de concentração em alguns segmentos da economia alegam que setores de elevada utilização de capital são, naturalmente, oligopolizados; que têm particular importância para o País, diante do seu peso na pauta de exportações, na geração de empregos e na manutenção do nível da atividade econômica interna. Estas alegações encontram fundamentos, sem dúvida, na teoria econômica.

Não nos podemos olvidar, porém, que se a concentração pode ensejar melhores níveis de produtividade e melhoria na qualidade dos produtos, pode, ao mesmo tempo, levar à ineficiência, diante da ausência ou da minimização da concorrência, e à formação uniforme de preços na economia, diante da cartelização.