

CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO NO DIREITO CONCORRENCIAL



ÍNDICE

1. NOÇÕES INICIAIS	4
Concentração Econômica.....	4
Fusão (Art. 90, I).....	4
Aquisição (direta ou indireta) de Ações (Art. 90, II).....	5
Incorporação entre Empresas (Art. 90, III).....	5
Celebração de Contratos Associativos, Consórcios e Joint Venture (Art. 90, IV).....	5
2. FORMAS DE CONCENTRAÇÃO	7
Concentração Horizontal.....	7
Concentração Vertical.....	7
3. VANTAGENS E DESVANTAGENS DA CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA.....	9
Vantagens da Concentração Econômica.....	9
Desvantagens da Concentração Econômica	10
4. MERCADO RELEVANTE.....	13
Participação de Mercado.....	13
Presunção legal de poder de mercado (Art. 36, §2º)	13
Abuso de poder de mercado.....	13
Dimensões do mercado relevante.....	14
5. PROCEDIMENTO DE ANÁLISE DO CADE.....	16
Regime de notificação obrigatória (Art. 88).....	16
Parâmetros decisórios (Art. 88, §5º e §6º)	17
6. Procedimento de Análise do Cade	19
O Processo Administrativo na Superintendência Geral:.....	19
O Processo Administrativo no Tribunal Administrativo de Defesa Econômica:.....	19
7. Acordo em Controle de Concentração	21
APRO - Acordo Cautelar	21
ACC- Acordo em Controle de Concentrações.....	21

1

NOÇÕES INICIAIS



1. NOÇÕES INICIAIS

Concentração Econômica

A concentração econômica é um dos objetos de análise do CADE (*Conselho Administrativo de Defesa Econômica*). Essa análise visa a verificação de potenciais prejuízos à concorrência de mercado (e, conseqüentemente, à ordem econômica) ocasionados pelos atos de concentração realizados pelos agentes econômicos.

Os atos de concentração econômica estão dispostos no artigo 90 da Lei 12529/11 (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência).

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

- I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;
- II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;
- III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou
- IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

Fusão (Art. 90, I)

No direito societário, fusão é a operação através da qual duas ou mais sociedades concentram seu patrimônio com o objetivo de criar uma nova sociedade, ficando extintas as sociedades comerciais que consomem o ato. Sua definição legal encontra-se no Código Civil, no art. 1.119:

Art. 1.119. A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações.

Aquisição (direta ou indireta) de Ações (Art. 90, II)

A aquisição ocorre no momento em que um agente econômico adquire o controle ou parcela substancial da participação acionária ou societária de um outro agente econômico.

Incorporação entre Empresas (Art. 90, III)

A incorporação é uma operação na qual uma ou mais sociedades são incorporadas a uma terceira, que contrai seus direitos e obrigações. A incorporação está prevista legalmente no CC em seu art. 1.116:

Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.

Contratos associativos são formas contratuais de associação entre empresas para a consecução de comum objetivo.

Celebração de Contratos Associativos, Consórcios e Joint Venture (Art. 90, IV)

Consórcios são exemplos típicos de concentração por cooperação, visto que, por determinação legal, dois agentes econômicos que gozam de independência formam uma nova unidade de produção sem a perda da autonomia jurídica e financeira das pessoas jurídicas contratantes. O texto normativo presente no art. 278 da Lei das Sociedades Anônimas deixa clara a existência entre os contratantes de um “empreendimento comum” que, apesar disso, por apresentar natureza contratual, não existe a necessidade de criação de nova pessoa jurídica. Os consórcios apresentam um modelo de execução pelo fim em comum, desenvolvendo ainda estrutura organizativa própria e determinada legalmente, em que alguns juristas os aproximam in essentia dos contratos societários.

Joint venture consiste na conglomeração entre dois ou mais empresas visando a criação de um agente econômico, sem extinguir os agentes que o formaram. O acordo pode ter como finalidade a pesquisa e o desenvolvimento de novos produtos e serviços, a atuação em um novo mercado distinto dos mercados individuais de cada empresa, ou ainda a participação no mesmo mercado relevante dos agentes econômicos, dentre outros. O que define em essência a joint venture é o intento de executar um projeto ou empreendimento comum, valendo-se ou da forma societária de joint venture, em que há o estabelecimento de uma sociedade, esta assumindo nova e distinta personalidade jurídica; ou então na forma contratual, em que uma associação é criada e é regida por contratos de associação. Essas formas constituem as corporate e non corporate joint ventures.

2

FORMAS DE CONCENTRAÇÃO



2. FORMAS DE CONCENTRAÇÃO

A ideia geral da concentração econômica expressa o aumento de riqueza entre poucos agentes econômicos, em que se relaciona com o aumento de poder econômico de um ou mais agentes do mercado. No geral, pode-se dizer que os envolvidos constituem uma nova sociedade ou grupo econômico, do qual o poder de controle será compartilhado entre os mesmos. Basicamente, são duas as formas de concentração econômica, a concentração horizontal e a vertical.

A concentração econômica horizontal acontece no mesmo nível da cadeia produtiva, enquanto a concentração econômica vertical ocorre em diferentes níveis da cadeia produtiva, sendo inclusive chamada de integração vertical, por integrar diversos níveis da cadeia produtiva. Podemos citar também, a nível de curiosidade, a concentração conglomerada, que são as concentrações entre agentes de categorias econômicas distintas, também de distintas cadeias produtivas, em que suas atividades econômicas não concorrem entre si.

Concentração Horizontal

A concentração horizontal é a forma mais comum e tradicional de eliminação da concorrência, pois se consubstancia na operação entre empresas do mesmo nível da cadeia produtiva, ou seja, concorrentes diretos.

É a modalidade mais comum de interferência concorrencial, pois é executada entre agentes econômicos de um mesmo nível da cadeia produtiva e, ainda, ocupando o mesmo mercado relevante. Sua finalidade é neutralizar a concorrência entre os agentes presentes no mesmo mercado relevante, viabilizando dessa forma um aumento abusivo e arbitrário dos preços pelos conglomerados.

Concentração Vertical

Já a concentração vertical, por sua vez, acontece entre agentes econômicos atuantes em níveis distintos da cadeia produtiva de um mesmo segmento econômico. Sua atuação ocorre por meio de fatores materiais e geográficos, em que a finalidade dos conglomerados é dificultar, ou até mesmo inviabilizar, o acesso da concorrência à determinado fator da cadeia produtiva, seja ele um produto ou um serviço. É uma prática comumente operada entre grupos de empresários e fornecedores ou distribuidores. É uma forma de limitação indireta da concorrência, pois dificulta o acesso de um agente à esfera econômica e prejudica o desenvolvimento de sua atividade econômica.

3

VANTAGENS E DESvantagens DA CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA



3. VANTAGENS E DESVANTAGENS DA CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

A análise das vantagens e desvantagens da concentração econômica é realizada com a finalidade de constatação dos efeitos de determinada conduta aos mercados, podendo ser benéficos ou prejudiciais. A análise do Cade consistirá numa comparação entre os possíveis efeitos benéficos e maléficos ao mercado resultantes do ato de concentração. Dessa maneira, a Lei 12.529/11 dispõe no § 6.º do art. 88 que o Cade poderá autorizar os atos de concentração, observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

- I - Cumulada ou alternativamente:
 - a) Aumentar a produtividade ou a competitividade;
 - b) Melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
 - c) Propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;
- II - Sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

Vantagens da Concentração Econômica

Aumento do poder de barganha de agentes econômicos: Com a concentração econômica, os agente econômicos, por consolidarem atos em comum objetivo, conseguem se impor de forma mais eficaz em negociações com outros agentes, justamente pelo maior poder econômico conferido pelo ato de concentração.

Economia de Escala: Consiste na organização do processo produtivo da maneira que vise ao alcance da máxima utilização dos fatores produtivos envolvidos no processo, em que se busca menores custos e incrementos nos bens e serviços prestados. O fenômeno da economia de escala ocorre através da concentração econômica na expansão da capacidade produtiva do agente econômico, em que a quantidade total produzida aumenta sem um aumento em proporção no custo de produção.

Acesso à tecnologia: Atos de concentração econômica aumentam substancialmente os poderes econômicos de seus agentes, possibilitando-os fazerem investimentos em melhor aparato tecnológico, bem como em pesquisas de desenvolvimento tecnológico. O acesso pode ocorrer também por meio do compartilhamento entre os agentes de fatores produtivos como seu know how e linha de produção.

Aumento de parcela do mercado: O aumento da participação de mercado de agentes concentrados é concebido como uma vantagem na medida em que garante aos agentes maior estabilidade, ampliando sua capacidade competitiva e de negociação.

Ampliação de capacidade de investimento: A junção de dois agentes econômicos num ato de concentração eleva seu poder econômico, possibilitando ampliação na capacidade de investimento. Os agentes econômicos, tendo esse maior poderio econômico, desenvolvem sua capacidade produtiva por meio de aumento da produção, contratações, desenvolvimento de know how específico, etc.

Ganhos de escopo: A concentração permite que determinados agentes com atividades econômicas diferentes unam-se visando a otimização de resultados. O fenômeno da economia de escopo ocorre com a diversificação nos produtos ou serviços prestados, de forma que a produção conjunta seja mais econômica do que a separada.

Redução de custos de transação: Os custos de transação são os custos totais associados a uma transação, em que os agentes visando otimizar seus resultados optam pelo preço mínimo de transação possível. Esses custos podem ser elencados em custos de negociação, custos de elaboração do contrato e custos para a garantia do cumprimento do mesmo.

Desvantagens da Concentração Econômica

Aumento de poder de mercado: O poder de mercado é a capacidade do agente econômico em estabelecer preços abaixo do nível competitivo. Com a concentração econômica, esse poder pode aumentar em situações de monopólios ou com fatores que inviabilizam o ingresso de agentes econômicos no setor, como restrições legais ou disposição de recursos.

Redução da concorrência: A concentração de agentes econômicos acaba por reduzir o número desses agentes na esfera econômica. Esse fenômeno acarreta na diminuição da competitividade entre os agentes, na medida que estes passam a atuar em conjunto, muitas vezes adotando estratégias desleais de mercado.

Maior risco de preços monopolísticos: Com a diminuição no número de agentes econômicos em um determinado nicho de mercado, causada por atos de concentração, o número de ofertas tende a diminuir. Os grupos conglomerados tendem a incorporar os demais agentes de mercado nas situações monopolísticas, em que estabelecem preços arbitrariamente devido ao seu poder econômico.

Redução do nível de escolhas: Reduzindo-se o número de agentes econômicos atuando independentemente entre si, a oferta de escolhas também é reduzida, fenômeno observado com a concentração econômica.

Risco de colusão: Com a concentração e a diminuição da concorrência, os agentes econômicos ou seus conglomerados têm mais chances de combinarem entre si preços e estratégias de mercado.

Facilitação de boicote (estratégias anticompetitivas): Os agentes econômicos eventualmente utilizam seu poder econômico para boicotar determinados agentes, por meio de fatores econômicos que possam dispor do controle.

Conflito de Interesse: A concentração econômica gera entre os seus e os demais agentes econômicos conflitos de interesse. Esses conflitos são ocasionados pois a concentração econômica, conforme disposto até aqui, apresenta tanto vantagens quanto desvantagens aos agentes econômicos e à esfera econômica em que estão inseridos.

Fechamento de mercado: Conglomerados econômicos que dispõem de efetivo poder econômico para controlar um nicho de mercado podem, dispondo de seus fatores econômicos, criar barreiras ou até mesmo fecharem o setor econômico que controlam ao ingresso de outros agentes na atividade desempenhada.

4

MERCADO RELEVANTE



4. MERCADO RELEVANTE

A delimitação do conceito de Mercado Relevante é fundamental ao direito concorrencial, sendo uma das etapas mais importantes da análise em defesa da concorrência. No Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal (Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001, define-se o mercado relevante como “o menor grupo de produtos e menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento de preços.”

O mercado relevante, apresenta-se como uma ferramenta analítica importante ao Cade na análise do nível de concentração econômica, tendo em vista que é por meio dos critérios utilizados que é realizada a análise preventiva dos atos de concentração e a análise repressiva das infrações econômicas.

Participação de Mercado

Market Share, ou participação de mercado, consiste na porção de mercado preenchida por determinada empresa no mercado em que ela está inserida. O conceito de market share está atrelado ao direito da concorrência pois está inserido no contexto de disputa de mercado. A participação de mercado de um determinado agente num mercado relevante é um dos indicativos de seu poder de mercado.

Presunção legal de poder de mercado (Art. 36, §2º)

A Lei 12.529/11 dispõe que as empresas que controlam 20% ou mais de um mercado relevante, também é presumida a posição dominante sempre que a empresa ou o conglomerado for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições normais de mercado.

Abuso de poder de mercado

É estabelecido em lei que exercer de forma abusiva a posição dominante constitui uma infração da ordem econômica, independentemente de culpa. O abuso de poder de mercado pressupõe que o agente esteja em posição de dominação de mercado, relativamente presumida nos termos do §2º.

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Dimensões do mercado relevante

O mercado relevante e a atuação dos agentes econômicos que o integram pode ser quantificado em análise categórica do produto ou análise da distribuição geográfica. Dentre os elementos analisados para a determinação do mercado relevante de produto ou geográfico, destacam-se:

- 👉 Condições de oferta e consumo;
- 👉 Substitutibilidade;
- 👉 Presença de barreiras à entrada;
- 👉 Especificidade do produto;
- 👉 Custos logísticos;
- 👉 Condições temporais da disponibilidade;
- 👉 Influências do mercado externo.

5

PROCEDIMENTO DE ANÁLISE DO CADE



5. PROCEDIMENTO DE ANÁLISE DO CADE

Regime de notificação obrigatória (Art. 88)

O critério adotado para definir os requisitos da notificação obrigatória de um ato de concentração é que, das empresas praticantes do ato, uma tem que possuir, no mínimo, um faturamento bruto anual de R\$ 750 milhões, enquanto a segunda um faturamento bruto anual mínimo de R\$ 75 milhões, conforme disposto no art. 88:

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

- I - Pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e
- II - Pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

§ 1º Os valores mencionados nos incisos I e II do caput deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça.

O art. 23, por sua vez, estabelece as taxas processuais aos processos de competência do Cade:

Art. 23. Instituem-se taxas processuais sobre os processos de competência do Cade, no valor de R\$ 85.000,00 (oitenta e cinco mil reais), para os processos que têm como fato gerador a apresentação dos atos previstos no art. 88 desta Lei, e no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), para os processos que têm como fato gerador a apresentação das consultas referidas no § 4º do art. 9º desta Lei.

Notificação ad cautelam: Os agentes econômicos, no exercício de seus atos, ao praticarem uma ação na qual não tem certeza se configura um ato de concentração de notificação obrigatória ou não, podem notificar preventivamente o Cade para que este possa deliberar sobre.

Requisição de notificação de ofício (Art. 88, §7º): São os casos em que não cumprem com o critério de notificação obrigatória. Esses casos são analisados pelo Cade quando o órgão nota algum ato de concentração que, apesar de não cumprir com os critérios de requisição da notificação obrigatória, apresenta notoriedade suficiente ou elementos que tornem sua análise relevante ao interesse público.

Regime prévio de análise: É a regra de análise de atos de concentração econômica aplicada pelo Cade. As empresas ou grupos não podem consumir o ato de concentração antes da apreciação pelo Cade desse ato. É chamado Gun jumping a consumação do ato de concentração sem a análise prévia do Cade. São aplicadas sanções ao descumprimento do regime prévio, nos termos do §3º

Parâmetros decisórios (Art. 88, §5º e §6º)

§ 5o Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6o deste artigo.

§ 6o Os atos a que se refere o § 5o deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

- a) Aumentar a produtividade ou a competitividade;
- b) Melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) Propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - Sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

O Processo Administrativo na Superintendência Geral:

A SG é responsável pela notificação da operação, em que é emitida formalmente a notificação, a habilitação de terceiros interessados, para que estes possam apresentar declarações acerca do ato de concentração analisado. A SG presta também a instrução processual, requisitando informações e documentos, esclarecimentos orais, entre outros. Ao final, a SG emite um parecer opinativo, sem caráter vinculante, podendo tornar-se definitivo se ao parecer não for dirigida nenhuma forma recursal cabível. A SG, em seu parecer, pode decidir a favor da reprovação total do ato de concentração, da sua aprovação com restrições ou a sua completa aprovação.

O Processo Administrativo no Tribunal Administrativo de Defesa Econômica:

O Tade atua exercendo uma análise complementar dos casos, nas hipóteses de avocação, quando os conselheiros do Tribunal identificam algum problema no procedimento da SG. Nas hipóteses de interposição de recursos às decisões da SG por terceiros interessados, o Conselheiro-relator sorteado conhecerá ou não do recurso, nos termos da Lei 12.529/11:

Art. 58. O requerente poderá oferecer, no prazo de 30 (trinta) dias da data de impugnação da Superintendência-Geral, em petição escrita, dirigida ao Presidente do Tribunal, manifestação expondo as razões de fato e de direito com que se opõe à impugnação do ato de concentração da Superintendência-Geral e juntando todas as provas, estudos e pareceres que corroboram seu pedido.

Art. 59. Após a manifestação do requerente, o Conselheiro-Relator:

I - Proferirá decisão determinando a inclusão do processo em pauta para julgamento, caso entenda que se encontre suficientemente instruído;

II - Determinará a realização de instrução complementar, se necessário, podendo, a seu critério, solicitar que a Superintendência-Geral a realize, declarando os pontos controversos e especificando as diligências a serem produzidas.

6

ACORDO EM CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO



6. Acordo em Controle de Concentração

APRO - Acordo Cautelar

O Acordo Cautelar não possui previsão expressa na **Lei 12.529**, entretanto, fundamenta-se a sua aplicação com base no **Art 59, §1º**:

§ 1o O Conselheiro-Relator poderá autorizar, conforme o caso, precária e liminarmente, a realização do ato de concentração econômica, impondo as condições que visem à preservação da reversibilidade da operação, quando assim recomendarem as condições do caso concreto.

O acordo abarca medidas que objetivam a preservação das condições de mercado, por meio da prevenção de mudanças de difícil reparação e até mesmo irreversíveis. Essas medidas são adotadas para a proteção do mercado até o julgamento de mérito do ato de concentração consumado. O acordo é elaborado consensualmente entre as partes envolvidas e o Conselheiro-relator do processo, em que seus termos constituem, via de regra, obrigações de não-fazer. O acordo é celebrado para permitir liminarmente o ato de concentração em análise. Para surtir efeitos na esfera jurídica, o acordo deve ser homologado pelo plenário do Tribunal. O acordo pode ocorrer nos casos de notificação compulsória, nos casos de não notificação e nos casos de aprovação liminar do acordo de concentração.

ACC- Acordo em Controle de Concentrações

O Acordo em Controle de Concentração – ACC consiste em um instrumento adotado para resolução de adversidades identificadas nos atos de concentração submetidos ao Cade. Ele pode ser categorizado nas hipóteses dos remédios estruturais e dos remédios comportamentais. O acordo visa a reparação de situações estruturais que poderiam tornar inviável a aprovação do ato de concentração analisado. O **art. 165 do Regimento Interno do Cade** estabelece ainda que:

Art. 165. O Cade poderá receber propostas de Acordo em Controle de Concentrações (ACC) desde o momento da notificação até 30 (trinta) dias após a impugnação pela Superintendência-Geral, sem prejuízo da análise de mérito da operação.

O ACC negociado na SG é encaminhado ao Tribunal, para que possa ser homologado. O Tribunal pode rejeitar o ACC nas hipóteses de falta de informações nos autos ou em seu juízo de conveniência e oportunidade, isto é, no caráter discricionário das ações do Tribunal, ressalvados os princípios constitucionais que regem a administração pública.

Controle de Concentração no Direito Concorrencial



www.trilhante.com.br

