

O regime jurídico da “concentração” de empresas (1)

WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA

Professor Titular de Direito Econômico
da Faculdade de Direito da UFMG.

SUMÁRIO — 1. A “concentração” em face do Direito. 2. A “concentração” enquanto conteúdo econômico do Direito. 3. A “concentração” e a ideologia constitucionalmente adotada. 4. A “concentração” e a política econômica objetivada na legislação ordinária. 5. A contribuição específica do Direito Econômico (2) ao regime jurídico da “concentração” de empresas.

1. A “concentração” e o Direito

A denominada “economia de mercado” não encontrou no Direito liberal os correspondentes princípios para a disciplinação do fenômeno da “concentração” das empresas. Os expedientes postos em prática para realizá-la, tais como a **fusão** e a **incorporação** , receberam tratamento nos limitados âmbitos das relações privadas, exaurindo-se no horizonte das cláusulas contratuais, sem atentar para os efeitos político-econômicos que implicitamente continham. Nem poderia ter sido de outra forma, pois, enquanto o Direito liberal abstinha-se de orientar pela

(1) Tomamos a expressão “empresa”, de preferência como “sujeito” de direito.

(2) O presente artigo é construído sobre o nosso conceito de Direito Econômico: “... conjunto de normas de conteúdo econômico que, pelo princípio da **economicidade** , assegura a defesa e a harmonia dos interesses individuais e coletivos definidos pela **ideologia** adotada na ordem jurídica e que regulamenta a atividade dos respectivos sujeitos na efetivação da política econômica posta em prática para a concretização daquela ideologia”. Conferência pronunciada no I Seminário Paulista de Direito Econômico e publicada na **Revista da Faculdade de Direito da UFMG** , n.º 16, maio de 1976.

ótica do interesse geral as suas normas em relação às atividades econômicas, a “concentração” afirmava-se como um fenômeno típico da economia de mercado. Em verdade, impunha-se como condição de sobrevivência da empresa e se apresentava como consequência inevitável da própria concorrência. O contrato figurava como instrumento jurídico e modo visível de sua efetivação. Entretanto, ainda que não assumisse a feição contratual, a “concentração” realizava-se inevitavelmente pela necessidade de a empresa enfrentar a concorrência, para o que deveria tornar-se mais forte. Este aspecto, intimamente ligado à estrutura e ao funcionamento da economia de mercado, passava despercebido da visão jurídica liberal que, no máximo, procurava motivos tradicionais, condicionadores do ilícito, para combatê-la. Recorria a figuras como a da fraude, quando não a conotações de natureza ética, tal como a concorrência desleal, para lhe opor obstáculos. Não se apercebia de que a “concentração” cumpria-se como uma verdadeira fatalidade do regime de livre concorrência, embora figurasse como uma contradição ideológica, pois que, justamente por ser livre, essa concorrência acabava por se anular. Esta anulação, por sua vez, era o resultado do processo de crescimento da empresa, levando-a ao nível de dominar o mercado.

A longa experiência da empresa na “economia de mercado”, concomitante com a posição absentista do Estado quanto ao domínio econômico, defendida pelo pensamento jurídico liberal, explica a atualidade do problema. Assim, durante o longo período de apogeu da ideologia capitalista liberal, configurou-se e tomou corpo um tipo especial de poder — o poder privado econômico — que o Direito praticamente considerou no sentido de permitir que se fortalecesse ilimitadamente. Este poder baseia-se especialmente na “concentração”. E, assim, o seu detentor assumiu forças e condições para influir no próprio poder público, ditando leis, exigindo medidas administrativas, pressionando decisões e dirigindo, no sentido de seus interesses, a própria política econômica.

O quadro que se oferece ao jurista, pois, é o de indiscutível conflito entre estes dois tipos de poder. Compete-lhe recolher os dados dessa experiência, retomar as precárias contribuições jurídicas dadas à disciplinação da “concentração” e revê-las, na tentativa de elaborar normas que atendam às exigências da sociedade atual. Certamente, esta importância confere foros de “instituto de direito” à “concentração”, impondo-se ao jurista a tarefa de estabelecer-lhe o regime jurídico.

2. A “concentração” enquanto conteúdo econômico do Direito

A “concentração” é um fato econômico, por natureza. Mais particularmente, é um fato econômico típico da “economia de mercado”. Decorre da combinação dos efeitos da concorrência livre com o lucro, sendo que este permite a acumulação de capitais e, portanto, o aumento da dimensão da empresa.

Segundo a filosofia liberal reinante especialmente no séc. XIX, e que a inspira, essa concorrência é a própria “luta pela vida”, da empresa,

no universo do mercado. A lei econômica que preside esta luta é a da “oferta-e-procura” e o seu objetivo é a obtenção de **lucro**. Assim, a primeira regra é crescer, tornar-se forte, para não ser derrotada, e o princípio que a inspira é: “crescer ou perecer”. Mas, sendo o **lucro** o objetivo, e a destruição do adversário apenas um processo de vencer, outros expedientes podem ser postos em prática, tais como os **ajustes** e **acordos**, desde que figurem como melhor método de atingir o objetivo.

Desde o início, porém, a concepção da concorrência perfeita já estava comprometida com as situações de fato, tais como os **monopólios naturais**, os **monopólios legais**, e assim por diante. Todos eles apresentam-se com a conotação de “concentrações” e, enquanto **fato econômico**, assumem a condição de “conteúdo econômico do Direito”.

3. A “concentração” e a ideologia constitucionalmente adotada

Não há originalidade no fato do Direito Econômico positivo fincar as raízes dos seus “juízos de valor” na ideologia constitucionalmente adotada, pois que, até aí, teremos tão-somente a garantia da constitucionalidade das leis ordinárias em que consubstancia as suas normas. O que importa dizer é que a “concentração” constitui tema praticamente obrigatório de todas as modernas Constituições dos países que adotam a “economia de mercado”. Neste particular, já se registra a preocupação do próprio Estado liberal com as formas de comprometer a concorrência.

No Brasil, podemos dizer que as preocupações com o tema são registradas em toda uma seqüência constitucional. Começam na Carta de 1934 (art. 117), são promovidas a responsabilidade de proteger a “economia popular”, na Carta de 1937, quando configuram os **crimes** contra esta (art. 141), e, assim, exaltam o seu sentido **penal**.

Não terá sido por acaso que o Decreto-Lei n.º 869, de 18 de novembro de 1938, destinado a regulamentar aquele texto constitucional, foi entregue aos cuidados do criminalista Nelson Hungria. Considerando este decreto como capaz de cumprir “um mandamento expresso da Constituição”, o então Ministro da Justiça, Francisco Campos (3), incluía no sentido da expressão “economia popular”, e os considerava **crimes**, os atos correspondentes aos processos de se realizar a “concentração”, e definidos no art. 2º, III;

“Promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio.”

Anteriormente, a **concorrência** era tratada sob o prisma de valores éticos, na expressão da “concorrência desleal”. Sua apreciação, além de ser limitada, oferecia dificuldades ao jurista, até mesmo para enquadrá-la em algum dos ramos do conhecimento jurídico. Considerando-a

(3) LYRA, Roberto. **Crimes contra a economia popular**. Rio de Janeiro, Livraria Jalcinto, 1940, pág. 84.

como um "direito substantivo", chegou-se a confessar a precariedade de um conceito jurídico que lhe fosse apropriado (4). O Direito brasileiro saía, pois, destas limitações, para conseqüências mais ambiciosas, o que vale dizer, do restrito âmbito de relações individuais entre concorrentes para o funcionamento do mercado no sentido de sua própria dominação. Era o que anunciava Francisco Campos, ao dizer que o art. 141 da Constituição de 1937, tinha como um dos seus fins:

"... evitar o bloqueio da concorrência por meio de arranjos, combinações ou organizações destinadas a estabelecer o monopólio em certos ramos da economia pública ou a restringir a livre competição, indispensável ao desenvolvimento industrial e comercial."

Sabe-se que a legislação da época era de inspiração fascista italiana. Assim, a área de seu sentido ampliava-se do crime para uma certa conotação política, na defesa da "economia popular". O Decreto-Lei nº 869 estaria baseado, pois, na Carta del Lavoro, da Itália, e no Código Penal Argentino, quanto às fraudes ao comércio e à indústria. No tocante aos monopólios, porém, inspira-se na jurisprudência norte-americana e nas propostas da Comissão de Reforma do Código Penal Alemão (5). Note-se o aspecto monopolístico, como expressão da luta destrutiva dos concorrentes no mercado, apontado, por sua vez, como o passo mais concreto na incorporação das preocupações político-econômicas do Direito. A Lei Sherman, editada nos Estados Unidos, pode ser tomada como um dos documentos mais importantes a se enquadrarem no campo do Direito Econômico e a enunciar princípios do neoliberalismo.

Uma visão político-econômica mais concreta sobre a "concentração" legalmente regulamentada, no Brasil, entretanto, revela-se a partir do Decreto-Lei nº 7.666 (6), de autoria do então Ministro da Justiça, Agamenon Magalhães, que seria mais tarde o grande artífice da inclusão desta mesma orientação na própria Constituição de 1946. Naquele documento, o tema deixava de receber exaltação apenas nos comentários e entrevistas de Ministros e de juristas com referência a este sentido ampliado do simples aspecto penal. A "concorrência" passou a ser colocada no centro dos raciocínios sobre o "sistema de mercado", e a lei empenhava-se em reprimir e impedir os expedientes que a compromettessem, ao mesmo tempo em que admitia a prática de atos que, praticados em determinadas circunstâncias, recebiam este tratamento e, em outras, teriam sido repudiados. Em lugar da expressão **crimes contra a economia popular**, passou a ser usada **abuso do poder econômico**. Trazia-se para o cenário jurídico um outro elemento da maior importância, que era o **poder econômico privado**. O objetivo visado não se limitava

(4) REQUIAIO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo, Saraiva Editor, 1971, pág. 184.

(5) HUNGRIA, Nelson. *Dos crimes contra a economia popular e vendas a prestações com reserva de domínio*. Livraria Jacinto, 1939, págs. 10 ss.

(6) VENANCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico, Direito Público Econômico*. Fundação Getúlio Vargas, 1968, pág. 290.

apenas ao simples ato de praticar a concorrência contra os limites impostos pelo texto legal ou de modo a ferir princípios éticos de lealdade na disputa da clientela. Extrapolava-se para o uso indevido desse poder que se havia fortalecido ao ponto de influir até mesmo no poder público, em defesa de seus interesses particulares. Uma outra dimensão dada ao tema projetava-o, pois, dos circunscritos parâmetros dos direitos individuais, particulares, privados, para o interesse público. Não se visava apenas a garantia de sobrevivência de um concorrente ameaçado de destruição pelo outro, mas do direito de toda a coletividade não ficar exposta à imposição da vontade e exploração de um particular situado em posição dominante no mercado.

Levar o problema para o texto constitucional, realmente, não seria fácil, pelo menos em uma primeira experiência e, por isto mesmo, a solução encontrada foi a de uma redação de propósitos amplos, de certo modo generalizante e ao mesmo tempo especificativa, como se vê do art. 148 da Constituição de 1946:

“A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

Os objetivos ali definidos possibilitam a concretização da repressão à prática do crime e, assim, integram o espírito anterior voltado para os crimes contra a economia popular. Mas a generalização, bem como a especificação das práticas, volta-se para o poder econômico e para as formas de organizá-lo e de fortalecê-lo, isto é, de evitar a sua prática e os seus efeitos sob qualquer das manifestações possíveis, além daquelas enumeradas.

Sob a égide da Constituição de 1946, editou-se a Lei nº 4.137, de “repressão ao abuso do poder econômico”, como se verá adiante. Mas, enquanto empenhava-se em regulamentar a parte enumerativa do texto constitucional, pairava acima desta limitação. Ampliava o manancial interpretativo, a expressão toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, conferindo a natureza de standard jurídico, e não de exaurimento no texto estrito, ao tratamento do diploma legal repressivo.

Não foi tão ambicioso o constituinte de 1967. Modificou a técnica de abordar o tema. Enquanto a Constituição de 1946 dedicava-lhe todo um artigo (148), a de 1967 o incluiu como um dos itens que compõem um artigo de um Título: “Da Ordem Econômica e Social”. Vinculou-o, entretanto, a um dado ideológico fundamental, definido nesse artigo:

“Art. 157 — A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

.....
.....

VI — repressão ao abuso do poder econômico caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.”

Foi abandonada a expressão “toda e qualquer forma de abuso do poder econômico”, embora se procure dizer que a enumeração adotada abrangesse as hipóteses possíveis e se apresentasse mais objetiva do que o texto de 1946. Até mesmo uma experiência nesse particular poderia ser alegada. Mas, o fato é que a limitação imposta pela discriminação das hipóteses legalmente enquadráveis acabou por criar consequências limitativas na interpretação do próprio texto da lei ordinária de repressão ao abuso do poder econômico (Lei nº 4.137), como também se verá adiante.

A Emenda Constitucional de 1969 introduziu o “desenvolvimento econômico” ao lado da “justiça social”, entre os elementos ideológicos fundamentais constantes do respectivo artigo:

“Art. 160 — A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

.....
.....

V — repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.”

A “concentração” subentendida nesse item deve ser tratada, portanto, a partir daqueles dois elementos, o “desenvolvimento nacional” e a “justiça social”. Eles definirão, em último grau, o sentido do abuso do poder econômico. Em relação a eles, definem-se o lícito e o ilícito. E, assim, também a partir deles é que determinamos os dados essenciais do regime jurídico do poder econômico no atual direito brasileiro. Os “juízos de valor” sobre o uso e o abuso do poder econômico são calcados nestes dois dados ideológicos e torna-se justo afirmar que num Estado de Direito, eles tanto se imponham ao poder econômico privado como ao poder econômico público, visto como estão consignados na Lei Maior, à qual se submete também o Estado. Este aspecto, entretanto, ainda pouco vislumbrado pelo jurista tradicionalista, habituado a camuflar no Estado de Direito o princípio absolutista do “fato do príncipe”, deverá merecer interesse crescente na medida em que os temas de Direito Econômico sejam abordados em profundidade, em qualquer regime político posto sob análise.

4. A “concentração” e a política econômica, na legislação ordinária

Fato econômico, como se viu, a “concentração” se impõe, entretanto, como expressão de poder. Contagia-se, pois, profundamente, de sentido político e, daí, o significado que assume para o Direito Econômico, quando este vai estabelecer as normas jurídicas da política econômica posta em prática por intermédio da legislação ordinária.

A flexibilidade do seu tratamento, por seu turno, tem levado o Direito a tratar expedientes que conduzem à concentração, de acordo com

pontos de vista que se ajustam à linha de maior vantagem, em cada circunstância. A própria evolução da empresa, até mesmo em sua estrutura mais íntima, tem motivado este procedimento. Tomemos como exemplo os conceitos sobre a "fusão". Alguns autores (7) procuram dar-lhe sentido diferente, até mesmo segundo a evolução técnica da empresa. Assim, falam da **fusão ofensiva**, que se teria caracterizado nos princípios do século, entre 1900 e 1910, com os grandes nomes dos monopólios norte-americanos; a **fusão defensiva**, entre 1910 e 1920, quando empresas de porte menor do que as monopolistas, fundiam-se para fazer face à luta; a **fusão de diversificação**, da década de 1960, quando empresas de ramos diferentes fundiam-se para garantir-se maior autonomia e diminuir os riscos dos negócios especializados; a **fusão de encampação**, com a administração de elementos que se caracterizam por não serem nem proprietários e nem mesmo compõem a **administração técnica**, mas capazes de oferecer rentabilidade ao capital, com a chamada "administração de ativos", que deu nos "conglomerados" de nossos dias. Todos estes são outros tantos expedientes ou procedimentos concentracionistas, isto é, políticas econômicas postas em prática e que o Direito nem sempre tem acompanhado no sentido de garantir efeitos sociais benéficos. Ao contrário, mesmo sob a intenção de combate aos abusos, tornada um verdadeiro preconceito, na maioria das vezes o Direito tem oferecido os instrumentos para que estes novos processos se cumpram, justamente levando a resultados que nem sempre seriam os mais recomendáveis. É que a visão privatista contratual oferece os caminhos à ação concentracionista, enquanto a defesa do interesse coletivo fica relegada ao mesmo plano dos períodos áureos do Direito liberal individualista.

Parece-nos válida, entretanto, uma análise da seqüência de tratamento da legislação sobre "concentração" entre nós, pelo prisma da política econômica posta em prática.

Assim, na fase do seu tratamento pelo aspecto apenas penal, temos o Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938. Nelson Hungria, seu autor, chamou a "concentração" de "entidade criminal", ao comentá-lo (8). Sob este ângulo incluía os efeitos sociais que lhe justificassem a repressão penal. Comparemo-lo com o Decreto-Lei nº 2.627, das Sociedades Anônimas e de 1940, e veremos o aspecto privatista autorizativo que o mesmo contém (9).

O tema, aliás, tem sido núcleo de discussões infundáveis entre os juristas. Tomando a prática da "concentração" como **abuso**, a que configuravam sob a denominação de **monopólio**, ela sempre seria punível,

(7) GALBRAITH, John Kenneth. "O novo Estado industrial", *Civilização Brasileira*, pág. 54 ss.; DRUCKER, Peter F. "O novo capitalismo", in *Fusão e incorporação de empresas*, J. Motta Maia, págs. 253 e segs.; Ed. José Bushatsky.

(8) HUNGRIA, Nelson, ob. cit., pág. 16: "As entidades criminais (Dec.-Lei 869) podem ser assim classificadas: a) monopólios; b) artifícios, fraudes e abusos contra a economia popular; c) usura (pecuniária e real).

(9) Art. 149 (transformação), art. 152 (incorporação), art. 153 (fusão).

pois permanecia a possibilidade de ação dolosa, mesmo que o intento de abolir ou comprometer a concorrência, ou de obter aumentos excessivos de lucros, não se fizesse concreto. Ainda na área de elaboração do texto constitucional, os constituintes de 1946 não puderam furtar-se à discussão do assunto, até que se chegou aos termos do art. 148 da respectiva Constituição, acima analisado.

Shieber chamou a atenção para esta técnica de exprimir, denominando-a "linguagem de finalidade". Mostrou como, desde o anteprojeto daquela Carta, já se adotava a mesma linha, ao serem considerados abusos do poder econômico ⁽¹⁰⁾ quando se referia a

"trusts, cartéis, entendimentos ou ajustes de qualquer organização, grupo, empresa ou indivíduo, sejam de que natureza forem, para dominar os mercados internos, eliminar os concorrentes e explorar os consumidores"...

A partir de tais dados, muitos concluíram pela necessidade de distinguir entre atos "que tenham por fim o domínio dos mercados nacionais, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros", e atos que não tenham a mesma finalidade. Diríamos melhor, afirmando tratar-se dos mesmos atos econômicos, embora possam ter ou não ter aqueles objetivos.

Agamemnon Magalhães queria a fórmula "que tem por efeito", que sugeriu para o projeto de lei que deveria regulamentar o art. 148 da Constituição.

Alde Sampaio dizia que este projeto de lei, tal como tratava o assunto, não atendia às "regras da disciplina social".

Argumentava:

"O ato pode ser lícito ou ilícito, de acordo com a sua finalidade, embora esta seja oculta ou simplesmente subjetiva, o que só a análise dos fatos pode revelar; mas, admitir que o mesmo ato, praticado sob as normas correntes de liceidade, venha a ser delituoso, ou não, conforme os resultados provenientes de acontecimentos posteriores, é o que não é possível aceitar."

Também o Deputado Jacob Frantz alegava:

"Suponho que ninguém será capaz de condenar uma coalizão de empresas pelo fato de haver tido ela apenas "por fim" ou "por objetivo" ou "finalidade" dominar o mercado, eliminar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, desde que essa coalizão não tenha produzido nenhum desses efeitos.

O ilícito, quer da coalizão, como das demais formas, só se caracteriza se produzir, efetivamente, os efeitos que a lei repele.

(10) SHIEBER, Benjamin M. "Abusos do poder econômico", págs. 28 e segs. *Revista dos Tribunais*, 1966.

A simples intenção de realizar um determinado fato ou ato ilícito não me parece passível de punição, se o ato ilícito não se consumou.”

Analisando o tema, Shieber considera errado o modo de colocá-lo e o equipara à fórmula finalista dos “delitos formais ou de perigo”. Baseia-se, para tanto, no próprio Nelson Hungria, que salientava a posição, para o caso de uma mesma pessoa exercer funções de direção ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio, com o fim de impedir ou dificultar a concorrência, tal como dispunha o inciso VIII do art. 2º do Decreto-Lei nº 869. E concluía: “basta o exercício da direção ou gerência simultânea, subordinada ao dito fim, para que o crime se apresente perfeito”.

Ora, mesmo quando se passa da preocupação quanto aos “crimes contra a economia popular”, para o sentido da “repressão ao abuso do poder econômico”, a questão permanece. Sempre inspirada na Lei Sherman norte-americana, a nossa legislação foi sentindo ampliar-se o fundamento político-econômico que inspirara aquele diploma legal estrangeiro. E, realmente, não pode ser tomada por outra forma a aplicação do termo **conspiração**, adotada pelo legislador norte-americano ⁽¹¹⁾, para os atos praticados como abusos do poder econômico, visto como comprometiam o funcionamento da concorrência e, assim, enfrentavam a **ideologia liberal**. Entretanto, como pelos próprios princípios liberais não havia uma política econômica previamente traçada e legalmente institucionalizada, permanecendo-se apenas nos princípios ideológicos, o próprio Direito daquele país acabou por adotar a “regra da razão” na interpretação e aplicação da Lei Sherman, quando se sabe que este princípio do Direito inglês não fora ali aceito, de modo geral. Uma elaboração jurídica foi levada a efeito, com a Suprema Corte definindo formas “desarrazoadas” de restrição ao comércio, embora se saiba que o espírito do Direito norte-americano era o de certos tipos de contratos não admitirem justificação.

Shieber quis, então, achar o princípio da “regra da razão” ⁽¹²⁾ também na Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, no Brasil. Para tanto, baseou-se no art. 74 da mesma, que dá ao organismo por ela criado (o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE) ⁽¹³⁾, poderes

(11) “Conspiracy against public welfare”. Também podiam ser dissolvidos os “trusts” por serem julgados contra a “public policy” (ordem pública), que hoje situá-riamos diante da “ordem pública econômica”.

(12) Especialmente a partir do caso American Tobacco X Standard Oil, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Por esta regra, procura-se o caso de “reasonable” do “unreasonable restraint of trade”, dando o lícito e o ilícito na “concentração” por suas diversas formas.

(13) Em grande parte, nota-se a semelhança entre o CADE e a “Federal Trade Commission” quanto ao controle administrativo sobre o abuso. Quanto à autorização, aproxima-se mais do Tribunal de Cartéis, alemão, diferente, entretanto, no caráter meramente administrativo do próprio CADE e de tribunal especial do “Kartellgericht”, ficando a parte administrativa ao Departamento Federal de Cartel do Ministério da Economia. Não menos valiosa é a experiência que se efetiva atualmente pelo Tratado de Roma, sobretudo quanto à boa e à má concorrência.

para autorizar a prática de atos que seriam considerados abusos do poder econômico (art. 2º dessa mesma lei).

Vale a transcrição para melhor entendimento:

“Art. 74 — Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), os atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupos de pessoas vinculadas a tais empresas, ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito:

- a) equilibrar a produção com o consumo;
- b) regular o mercado;
- c) padronizar a produção;
- d) estabilizar os preços;
- e) especializar a produção ou distribuição;
- f) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas.”

Verifica-se que, por este texto, o CADE ⁽¹⁴⁾ fica investido de poderes bastantes para definir em que condições os expedientes da “concentração” deixam de ser abuso e apresentam-se como uso autorizado do poder econômico. Nem se argumenta que tais poderes deixam de ter a extensão de definirem a política econômica a respeito do assunto e de estarem limitados apenas às hipóteses descritas na lei e, mais ainda, no próprio artigo 74. Bem analisadas, estas hipóteses abrangem praticamente todos os expedientes concentracionistas habituais e aí expostos, expressa ou tacitamente. Do mesmo modo, o poder de permissão de sua prática constitui, sem dúvida, competência para se manifestar sobre a política econômica a seu respeito, visto como os itens permissivos, constantes das letras “a” até “f” do art. 74, não exaurem, só por si, as técnicas econômicas capazes de efetivá-los.

Justamente aqui, a colaboração do Direito Econômico mais uma vez se impõe. Por certo, a composição do CADE, bem como a sua própria competência, não levam à coisa julgada, mas constituem importante indicador, ao Judiciário, para que o faça ⁽¹⁵⁾. Entretanto, diante da variedade de circunstâncias sob as quais os fatos a serem julgados ou os atos a serem autorizados se verificam, é necessário o reconhecimento de elementos superiores aos quais se recorrerá de modo a que sejam afirmados princípios juridicamente fundamentados, e não atos arbitrários e incompatíveis com o ideal de justiça em um Estado de Direito. Para que não se reconheçam poderes desta natureza, tanto ao CADE

(14) SOUZA, Ruy de — *Abuso do Poder Econômico*, Fac. Ciências Econômicas UFMG.

(15) PINTO, Ministro Bilac — Voto, Ag. de Inst. n.º 62.811, in *Revista Forense*, n.º 250, 1975, págs. 151 a 157, e *Revista de Direito Econômico*, publicação do CADE, n.º 4, ano II, agosto de 1976.

como a qualquer autoridade, inclusive judiciária, por se tratar mais do que de simples questão de fato, deve-se recorrer à análise da compatibilidade da medida com a ideologia adotada constitucionalmente.

Examinamos detidamente o modo pelo qual se deu a evolução do tema nas diversas Constituições brasileiras. Deste ajustamento dos princípios ideológicos com os dispositivos da lei ordinária, seja a que pretende a repressão ao abuso do poder econômico, regulamentando o próprio item do correspondente artigo da Constituição, quer das leis dos Planos, que tomam a "concentração" por outro prisma, desta correspondência é que se há de tirar o elemento jurídico decisório.

Bilac Pinto reconhece ao CADE competência de "quase-tribunal". Realmente, não só lhe cabe autorizar a prática de atos que a lei veda, como também, mesmo não autorizado, o ato pode ser levado à sua consideração e receber manifestação com força próxima àquela que é reservada às sentenças. Vale dizer que, em qualquer circunstância, o ato receberá do CADE a definição de abuso, ou não, do poder econômico, devendo ser reprimido ou consentido.

Mas, a peculiaridade mais significativa para o Direito Econômico é a de sua manifestação em termos de política econômica. Realmente, a partir da modificação operada pela legislação brasileira no sentido de permitir e incentivar as "concentrações", perdura sempre a indagação sobre os efeitos desta orientação na área dos interesses, tanto públicos, como, especialmente, privados. Afinal, a concessão de estímulos fiscais e creditícios a determinadas empresas, mesmo de áreas prioritárias, pode trazer sérios prejuízos às empresas concorrentes e não beneficiadas. Estas devem encontrar o modo de se defenderem e de impedirem discriminações que lhes sejam prejudiciais. Do mesmo modo, os cidadãos comuns não de ter assegurados os caminhos pelos quais a orientação dada nas prioridades e diretrizes da Lei do Plano não venham a exigir de sua parte sacrifícios que não possam suportar. Aí reside, sem dúvida, um ponto crucial do Direito neoliberal, porque o arbítrio é sempre a antítese do Estado de Direito.

Neste particular, vale rever os poderes concedidos ao CADE para se analisar se ainda resistem a estas novas circunstâncias. Indaga-se se o sentido programático da Lei do Plano pode ou não ser interpretado por esse órgão, do mesmo modo que se pergunta qual a posição do Judiciário diante das mesmas. A um jurista democrata logo acorre a resposta de que as leis de política econômica não se exaurem no âmbito do Executivo, em um Estado de Direito. Só assim se poderá impedir o arbítrio, sob a falsa legitimidade dos planos expressos em lei, sobretudo quando na elaboração destas leis, expedientes esdrúxulos reduzem as manifestações do próprio Legislativo a simples gestos de aprovação.

De qualquer modo, a Lei do Plano, por sua vez, tem a qualidade de gerar outras tantas medidas legais de política econômica, que podem incidir sobre o fato "concentração". Assim, contrastando com o sentido de repressão da Lei nº 4.137, temos, no Brasil, uma série de diplomas

que estimulam a prática concentracionista, bastando destacar, entre outros: Decreto-Lei nº 1.181, de 16 de julho de 1971, que “concede estímulos às fusões, às incorporações e a abertura de capitais de empresas, e dá outras providências”; Decreto-Lei nº 1.186, de 27 de agosto de 1971, no mesmo sentido, com referência à indústria açucareira; Decreto-Lei nº 1.096, de 23 de março de 1970, para as empresas de mineração. Todos eles deslocam o assunto para o campo tributário, numa tendência que vem especialmente do Decreto-Lei nº 157, de 10 de novembro de 1967, que “concede estímulos fiscais à capitalização das empresas: reforça os incentivos à compra de ações...” e assim institucionaliza o apoio à “concentração”.

Esta distorção do assunto para a área tributária causa ainda maior estranheza quando buscamos os fundamentos constitucionais sobre os quais se apóia o Executivo para legislar sobre o tema por meio de decretos-leis. Estes estão baseados no art. 55 da Constituição de 1969, que confere ao Presidente da República aquele poder “em caso de urgência e interesse público”. Afastada a primeira razão, vê-se que o conceito de “interesse público” está se tornando cada vez mais elástico. O fato, porém, é que o item II daquele artigo constitucional permite o decreto-lei sobre “finanças públicas, inclusive normas tributárias”...

Permanece a indagação, entretanto, para se saber até onde normas tributárias podem definir política econômica relativa à “concentração”, visto como este **fato econômico** tem extensão muito mais ampla do que se possa atingir apenas pela arma do tributo. Com efeito, seu tratamento tem merecido cuidados repressivos, de natureza penal, e estimulantes justificados pelo princípio ideológico do desenvolvimento. Seria possível, pois, conduzi-lo em trilhas tão estreitas e permitir, por este processo, a revogação do disposto na Lei nº 4.137, especialmente em seu artigo 74? Em resumo, a concessão do estímulo fiscal dispensa a autorização do CADE e a desclassificação de abuso, definido no art. 2º da lei de repressão, para a de ato consentido? A mesma concessão desfigura a característica de crime contra a economia popular, definida no art. 2º da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que chegara a merecer até o tratamento por júri (arts. 10 e segs.)? Se o júri fora abolido, nem por isso a hierarquia no tratamento do assunto diminuiu-se, pois que a Lei nº 4.137, de certo modo, a conservou. Realmente, após as Leis dos Planos, no Brasil o tratamento do tema modificou-se. Certo é que muitos autores as consideram como **superleis**, isto é, como diplomas capazes de inspirar outras leis, sendo esta a sua característica marcante (16). No entanto, não nos parece tão tranqüila a modificação radical no tratamento do assunto. Os abusos hão de ser tratados, porque continuam possíveis e porque a legislação de estímulos tem sido setorial e discriminatória.

Este tratamento de aceitação e estímulo à “concentração” inicia-se especialmente após a Segunda Guerra Mundial, com a idéia de “econo-

(16) STAINOV, Petko — *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Tome LXXXIX, Paris, 1963.

mia de escala” e de consumo de massa. O dimensionamento das empresas, de modo a atingir a capacidade que delas se solicitava, tornava ingênuos os conceitos anteriores de monopólio e de formas destrutivas da concorrência. O próprio poder político, diante do aperfeiçoamento das técnicas do poder privado econômico, em relação à “concentração”, passou a estimulá-la como o recurso para o fortalecimento de suas economias nacionais diante do poder das empresas altamente concentradas e que dominavam as próprias nações dependentes. Estados de economia desenvolvida, como a França, aplicando o planejamento econômico, passaram corajosamente a esta política. Mas, ao mesmo tempo, os grandes capitais encontraram o caminho de penetração com a figura das empresas “multinacionais”, que viriam desfigurar o próprio sentido político-econômico das nações. A linha tradicional do nacionalismo, desenvolvido a partir do meado do século XIX, com Lutz e os demais pensadores da época, cedia lugar ao transnacionalismo, que tinha em sua manifestação econômica o verdadeiro ariete com o qual atacava as fortalezas do Estado nacional. Posteriormente, com o mundo dividido em duas ideologias opostas, a capitalista e a socialista, já se marcha para o tipo de empresas “transideológicas”, quando cada uma das partes adapta a sua concepção jurídica e econômica de empresa à da parte contrária, chegando ao denominador comum de poderem transacionar e, mais do que isto, de se associarem para empreendimentos econômicos, sem com isto chocarem os princípios ideológicos fundamentais de cada um dos participantes.

Refletindo esta nova orientação a respeito da “concentração de empresas” no Direito nacional, temos especialmente as Leis dos Planos, como dissemos acima. Assim, vemos o Estado brasileiro incentivando a medida pela Lei nº 5.727, de 4 de novembro de 1971 (I PND), no capítulo da “Estratégia do Desenvolvimento”:

“Incentivos fiscais do imposto de renda à fusão e à incorporação de empresas, conjugando-as à abertura de capital, na forma do Decreto-Lei nº 1.182/71.”

No Capítulo V, ao cuidar da “Integração Social”, determina:

“III — impedir os abusos do poder econômico, pela contínua melhoria da distribuição de renda, sem prejuízo de eficiência que garanta às empresas o poder de competição. Cuidar-se-á de evitar lucros abusivos, transferindo-se ao consumidor parte dos ganhos de produtividade. Tomar-se-ão nesse sentido medidas tributárias e de crédito, associando-se os incentivos a fusões à abertura de capital das empresas.”

A Lei nº 6.151, de 4 de dezembro de 1974 (II PND), ainda empresta maior ênfase ao tema. No seu capítulo IV “A Estratégia Econômica: opções básicas”, ao definir as “opções e bases”, faz profissão de fé sobre a

“Utilização, para a aceleração do desenvolvimento de certos setores, de estruturas empresariais poderosas, como a criação de grandes empresas, através da política de fusões e incorpo-

rações na indústria, na infra-estrutura, na comercialização urbana, no sistema financeiro (inclusive área imobiliária) —, ou na formação de conglomerados financeiros, ou industriais-financeiros. Há necessidade de compatibilizar tal orientação com a política de distribuição de renda.”

Prossegue em seu item I:

“Emergência de Forte Expressão Empresarial Nacional — para a formação de número significativo de grupos nacionais sólidos e, não raro, grandes, no Centro-Sul, no Nordeste e nas demais áreas.”

Em decorrência, oferece como “linhas de opção”:

“2) Apoio à transformação de pequenas e médias empresas em grandes empresas, através de financiamentos, concedidos para tal fim, e de aportes de capital minoritários.

3) Política de fusões e incorporações, com estímulos financeiros (o FMRI e o PMRC, no BNDE) e fiscais (COFIE), nos setores em que a excessiva disseminação de empresas nacionais lhes retire o poder de competição e as coloque em posição frágil, perante o concorrente estrangeiro.

4) Formação de conglomerados nacionais, realizando a integração financeira, financeiro-industrial, financeiro-serviços, assim como outras fórmulas, de maneira flexível, em alternativas de liderança financeira, liderança industrial ou supervisão por empresa controladora (**holding**). O objetivo central deve ser a maior produtividade no uso dos recursos, pela fluidez intersetorial das aplicações e a garantia da estrutura financeira sólida.”

A orientação do II PND prossegue em relação às “fusões” e aos “conglomerados” afirmando que os “riscos” de sua adoção devem ser avaliados em relação aos “seus efeitos quanto ao grau de concorrência, ao mercado e quanto à distribuição da renda”.

Ora, tem sido amplamente discutido em todo o mundo capitalista o problema da posição do legislador e do jurista de compromisso democrático, diante dos técnicos em Economia que oferecem os seus “modelos” intervencionistas sem o correspondente ajustamento do direito aos expedientes recomendados e às práticas dessa tecnocracia. Em uma palavra, o legislador e o jurista não ajustaram a sua técnica à do economista e do administrador que se incumbem de planejar. Pelo menos, estes dispensam a colaboração daqueles, o que é o mais consentâneo com a realidade. Assim, o II Plano Nacional de Desenvolvimento, do Brasil, critica a legislação brasileira sobre “concentração”:

“Antes de tudo, releva salientar que, nas estruturas de mercado, a tendência no Brasil — na Indústria, no Comércio, no Sistema Financeiro — sempre foi o inverso daquela que pre-

valeceu, neste século, por exemplo nos Estados Unidos, e que determinou a legislação antitruste.”

Sabendo-se da inegável influência norte-americana na legislação de repressão ao abuso do poder econômico em nosso País, o II PND a acusa de não traduzir a realidade brasileira. Garante que, entre nós, a característica é a da “proliferação de empresas desprovidas de poder de competição, pela insuficiência de escala”, registrando-se “uma ou poucas empresas estrangeiras, com escala satisfatória, ao lado de uma multiplicidade de empresas nacionais, pequenas e fracas”.

Não cabe neste trabalho tecer considerações sobre a necessidade de legislar de modo a conter o abuso das empresas estrangeiras, de existência reconhecida no País, nem muito menos sobre a realidade norte-americana e dos demais países, onde a maioria das empresas também não assume grande porte. Deixando de lado o aspecto crítico, compete-nos apenas registrar a política econômica adotada na Lei do Plano e procurar situar as suas conotações jurídicas. Assim, prossegue o texto oficial:

“Nessas condições, uma política de fusão de empresas nacionais — e o que se tem estimulado é exatamente isto — para adquirir escala econômica, significa: elevar a eficiência do setor, fortalecer o empresariado do País e aumentar o grau de competição do mercado. Sim, porque a existência de algumas empresas médias e eficientes, ao lado das grandes, vitaliza a competição no setor, ao invés de enfraquecê-la.”

E, após estas definições e diretrizes, o II PND passa a cuidar do abuso do poder econômico, do mesmo modo que o I PND e, portanto, como uma política constante das Leis dos Planos em nosso País. A repressão será tratada:

“... através de instrumentos econômicos. Tais mecanismos serão o crédito e os incentivos fiscais, regulados no sentido de evitar práticas oligopolistas, assim como o sistema de controle de preços, orientado na forma já citada.”

Pretende-se substituir os instrumentos jurídicos por instrumentos econômicos, se for tomada a expressão do Plano ao pé da letra.

Mas ressurge a tese dos efeitos do Plano, quando transformado em lei. E, mais ainda, do modo pelo qual a política econômica adotada na Lei do Plano entrosa-se na ordem jurídica, de modo a assegurar, também aos particulares, os direitos que a Constituição lhes define e que têm que ser definidos contra o arbítrio da autoridade. As “diretrizes e prioridades” da Lei do Plano, por acaso, revogariam direitos de defesa contra os abusos do poder econômico realizados pela “concentração”, pelos expedientes da “fusão”, da “incorporação”, dos “conglomerados” e todos os demais, direitos estes que a legislação anterior garantiu plenamente?

5. A “concentração” e o princípio da “economicidade”

Podemos concluir pela existência, no Direito brasileiro, de três tipos de “concentração”: a reprimida, a consentida e a estimulada. A todos os três tipos corresponde lugar adequado no regime jurídico que regulamenta o tema. Por outro lado, se este regime jurídico pode ser acimado de diversidade, variando desde os aspectos penais aos autorizativos, para chegar aos tributários, em verdade no fundamento de suas razões havemos de encontrar o terceiro elemento de Direito Econômico como capaz de conciliar as suas aparentes contradições. Trata-se do princípio da “economicidade”, pelo qual se definirá a “linha de maior vantagem” na aplicação da política econômica, sem que se descambe para o oportunismo autocrático. Justamente este freio ainda integra o espírito de “economicidade”, pois longe de argumentos menos consistentes como os da “regra da razão”, do “bem comum” e outros que, em última análise, limitam-se à formação cultural do julgador, firma-se no sólido esteio da ideologia constitucionalmente adotada.

No caso específico da “concentração”, o exemplo parece-nos cristalino. A regra repressiva está contida no próprio item V do artigo 160 da Carta de 1969. A Lei nº 4.137, anterior a esta Carta, tem a sua vigência continuada naquilo em que cumpre o princípio ideológico repressivo e afirma-se como a peça legal de política econômica que a efetiva.

Ainda o artigo 74 da mesma Lei nº 4.137 configura a “concentração” consentida. E, por fim, as Leis dos Planos e os textos específicos dos incentivos fiscais configuram a “concentração” estimulada.

Acima de todos, porém, afirma-se no caput do art. 160 da Constituição o princípio ideológico do “desenvolvimento econômico e da justiça social”. Este é o dado fundamental da “linha de maior vantagem”, isto é, do princípio de “economicidade”, norteador de qualquer interpretação e aplicação dos instrumentos legais às circunstâncias oferecidas.

Não tem mais sentido a abordagem do fato “concentração” por apenas um desses aspectos. Muito menos significativa seria a intenção de usar o Direito como instrumento de efetivação de qualquer deles com exclusividade. Ao contrário, no cumprimento dos objetivos capazes de coincidirem com o ideal de desenvolvimento econômico e de justiça social é que a concentração se tornará permitida ou condenada pelo Direito. Diga-se, entretanto, que estes elementos ideológicos não se podem definir ao sabor de apreciações autocráticas. Ao contrário, as Leis dos Planos devem suprir justamente tais deficiências e oferecer os elementos objetivos a serem previamente definidos. Sua utilização pelo aplicador da lei tem o sentido de princípio geral ou fundamental do Direito, sobrepondo-se ao contingente casuístico para assumir a posição superior de substrato da idéia de justiça, que se pretenda configurar. Assim é que há de ser compreendido e utilizado o princípio da “economicidade” no trato jurídico do fato “concentração”.