



## CONCENTRAÇÕES DE MERCADO EM TEMPOS DE CRISE

*Professor Doutor Vicente Bagnoli<sup>i</sup>*

*Professor da Faculdade de Direito – UPM*

No contexto da crise econômica mundial, diversas empresas se depararam com a impossibilidade de continuarem no exercício da sua atividade empresária de produção e circulação do capital. As soluções encontradas diante da iminente falência da empresa foram a intervenção do Estado com vultosos aportes financeiros ou a sua aquisição, via de regra, por um concorrente. Justamente quando a alternativa adotada é a aquisição por um concorrente que se faz ouvir a teoria da "failing firm".

Utilizada no passado e há tempos deixada de lado por advogados, economistas e autoridades de defesa da concorrência, a teoria da failing firm ou "failing company defense" volta como justificativa para supostamente evitar o pior - a quebra da empresa - em que pese a concentração de mercado resultante. Porém, a defesa de tal teoria deve satisfazer três condições, conforme salienta Richard Whish (Competition Law, 2009, p. 927): (i) a empresa num futuro próximo sairia do mercado caso não fosse adquirida; (ii) a empresa é incapaz de reorganizar suas operações; e (iii) não existe outra alternativa menos anticoncorrencial para a concentração. Caso essas condições não se satisfaçam, ainda assim Whish sinaliza que a aquisição da empresa sob o risco da falência pode ser aprovada pelas autoridades se ela proporcionar benefícios relevantes aos consumidores.

As três condições apontadas, e que são utilizadas pela Comissão Européia (CE) nesse tipo de análise, explica Giorgio Monti (EC Competition Law, 2007, p. 297), não se baseiam nos benefícios antecipados que resultam da aprovação da concentração em termos de

poupar empregos ou ganhos de eficiência, mas em demonstrar que a concentração não gera efeitos anticoncorrenciais. A Comissão Europeia tem utilizado esse modelo para assegurar os resultados mais eficientes decorrentes de uma eventual concentração no mercado ou mesmo da saída da empresa cuja falência é iminente. Caso o cenário do mercado tenda a ser mais competitivo com a saída da empresa, a operação de concentração, cuja justificativa dar-se-ia a partir da teoria da failing firm, é vetada.

Nos Estados Unidos, Herbert Hovenkamp (Federal Antitrust Policy, 1994, p. 497) observa que uma concentração não é capaz de criar ou aumentar o poder de mercado ou facilitar o seu exercício se verificadas as seguintes circunstâncias, estabelecidas no " 1992 Horizontal Merger Guidelines " : que (i) a empresa supostamente em vias da falência não seja capaz de honrar seus compromissos financeiros no futuro próximo; (ii) a empresa não seja capaz de exitosamente se reestruturar conforme o "Chapter 11 of the Bankruptcy Act" - a Lei de Falências; (iii) a empresa de boa-fé empreendeu esforços, em que pese mal sucedidos, a fim de viabilizar ofertas alternativas para a aquisição de seus ativos tangíveis e intangíveis; e (iv) não existindo a concentração, os ativos da empresa deixariam o mercado.

No Brasil, as autoridades de defesa da concorrência também se depararam com essa análise, inclusive aplicando por analogia os requisitos norte-americanos da failing firm transpostos para o contexto brasileiro (ex. Ato de Concentração nº 92/96). Independentemente de qual o motivo que levou à concentração econômica, a operação deve ser submetida à apreciação e decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) sempre que implicar participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400 milhões.

Em sua análise, o Cade poderá autorizar uma concentração econômica, desde que ela tenha por objetivo, cumulada ou alternativamente: aumentar a produtividade; melhorar a qualidade de bens ou serviço, ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico. Outrossim, os benefícios sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes e os consumidores ou usuários finais; não implique eliminação da concorrência de parte substancial do mercado; e sejam observados os limites necessários para atingir os objetivos pretendidos.

Ainda dispõe a Lei de Defesa da Concorrência que também poderão ser consideradas legítimas as concentrações por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, desde que atendidas pelo menos três das condições anteriormente citadas, e ainda que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

A empresa que promove uma concentração econômica faz em razão das eficiências econômicas que vislumbra no cenário pós-concentração ou no intuito de eliminar a concorrência. De qualquer forma, a concentração entre concorrentes por si já é uma limitação à concorrência. Justamente por isso, ganha maior relevância a análise das autoridades concorrenciais e, em especial, sobre a aplicabilidade da teoria da failing firm. Deve-se então questionar: os benefícios decorrentes da concentração serão distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro?

Recentemente, realizou-se em Zurique a 8ª Conferência Anual da Rede Internacional da Concorrência - "International Competition Network" (ICN) -, evento que reuniu autoridades de concorrência de mais de 90 jurisdições, organizações não-governamentais, organismos internacionais - como OCDE, OMC e UNCTAD -, comunidades acadêmicas e setores privados relacionados à concorrência, com objetivo de promover

a convergência global em matéria de concorrência e prover um fórum independente e especializado nesta matéria.

Dentre seus grupos especializados de trabalho, destaca-se o "Merger Working Group", cuja temática é concentrações econômicas. E justamente nos debates travados nas discussões sobre concentrações econômicas é que se fez a seguinte reflexão: Com a crise econômica mundial, diversas concentrações se justificam pela teoria da failing firm, porém a crise econômica passa, e a concentração do mercado permanece.

Cabe, portanto, às autoridades de defesa da concorrência, diante da iminente falência de uma empresa, sopesarem os custos econômicos, concorrenciais e sociais relacionados à concentração econômica no mercado e os eventuais benefícios decorrentes da concentração à sociedade.

---

<sup>i</sup> Vicente Bagnoli é doutor em filosofia e teoria geral do direito pela USP, mestre em direito político e econômico pelo Mackenzie, onde é professor da Faculdade de Direito, consultor não-governamental da ICN e advogado em São Paulo