

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL x CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

Aruan Filipe Osório e Carvalho

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Saad Diniz

Ribeirão Preto

2013

ARUAN FILIPE OSÓRIO E CARVALHO

CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL x CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao Departamento de Direito
Privado e de Processo Civil da Faculdade
de Direito de Ribeirão Preto para a
obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Saad Diniz

Ribeirão Preto

2013

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

CARVALHO, Aruan Filipe Osório e.

Concentração empresarial x Concentração econômica / Aruan Filipe Osório e Carvalho – Ribeirão Preto, 2013

79 pg, 30 cm

Trabalho de conclusão de curso – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Saad Diniz

Nome: CARVALHO, Aruan Filipe Osório e.

Título: Concentração empresarial x Concentração econômica

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito de Ribeirão Preto como trabalho de
conclusão de curso para obtenção do título
de Bacharel em Direito

Banca examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

A todos aqueles que contribuíram para que eu chegasse até aqui.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo. Sem exceções. Sempre.

A minha família, pela base.

Aos meus amigos, especialmente àqueles que estiveram constantemente ao meu lado durante esses últimos 5 anos, seja nos corredores da FDRP ou nos botecos, nas repúblicas e nos jogos da vida.

Ao Professor Gustavo Saad Diniz, pela orientação.

À Professora Juliana de Oliveira Domingues e ao Professor Thiago Marrara, pelas dicas e indicações bibliográficas.

“Se as coisas são inatingíveis... ora!

Não é motivo para não querê-las...

Que tristes os caminhos, se não fora

A presença distante das estrelas!”

Mário Quintana

RESUMO

O presente trabalho propõe uma análise conjunta dos fenômenos de concentração de empresas, tanto no âmbito do direito societário quanto do direito concorrencial. Esse exame se faz oportuno no cenário brasileiro de crescimento econômico atual, que vem dando margem crescente a operações de tal natureza. Outro ponto a justificar o presente estudo é o fato de que o regramento concorrencial vigente no Brasil é novo. Nessas condições, questionou-se em que ponto o fenômeno concentracionista deixa de ser uma adaptação à realidade econômica para se tornar algo que atenta contra o direito da concorrência. Busca-se, portanto, verificar quais são os tipos societários mais comumente utilizados e em que parâmetros se baseia a análise antitruste prevista pela Lei 12.529/2011. A pesquisa empreendida é realizada mediante consulta teórica, legislativa e também por meio da análise de casos práticos. Concluiu-se que os impactos da nova lei antitruste brasileira foram positivos, especialmente na disciplina de atos de concentração, que passaram a ser regulados de forma mais prática e objetiva.

Palavras-chave: Concentração de empresas. Controle de estruturas. Nova Lei Antitruste. Direito societário. Direito Concorrencial.

ABSTRACT

The thesis proposes a joint analysis regarding the concentration of companies, by both corporate and antitrust law. This investigation is due in the context of Brazil's economic development, which is increasingly making operations of such nature possible. Another point that explains this study is the fact that the antitrust law in Brazil is brand new. In these conditions, we question in which point the concentration of companies loses its economic adjustment character to become something that violates the antitrust law. Therefore, our goal is to verify which are the corporation types most commonly used and in which parameters the antitrust analysis is conducted. The investigation was based on theories, law and practical cases. We concluded that the impacts of the new Brazilian antitrust law were positive, especially regarding the concentration of companies, which now are ruled in a more practical and objective way.

Key-words: Concentration of companies. Control of structures. Brazilian antitrust law. Corporate Law. Antitrust Law

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

LSA – Lei das Sociedades Anônimas

NLAB – Nova Lei Antitruste Brasileira

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	21
1. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS: DO COMERCIANTE INDIVIDUAL AS MACRO-EMPRESAS.....	23
2. A CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS: UMA ANÁLISE DE DIREITO SOCIETÁRIO.....	30
2.1 Conceito.....	30
2.2 Principais motivos.....	32
2.3) Atos de concentração: uma tentativa de classificação teórica.....	35
2.3.1) A “junção completa”: operações de reorganização societária.....	36
2.3.1.1) A fusão.....	36
2.3.1.2) A incorporação.....	37
2.3.1.3) A cisão.....	38
2.3.2) Os “ajustes societários de ligação”.....	41
2.3.2.1) Os “ajustes societários de ligação” decorrentes de participação de capital entre duas ou mais sociedades (coligação “lato sensu”).....	41
a) Sociedades controladoras e controladas.....	42
b) Sociedades filiadas e sociedades de simples participação.....	44
2.3.2.2) Os “ajustes societários de ligação” decorrentes de contratos.....	46

a) Os grupos de direito ou grupos formalmente constituídos.....	47
b) Os consórcios.....	49
c) Breve consideração acerca de “ajustes societários” decorrentes de outros contratos interempresariais	51
3. A CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS: UMA ANÁLISE DE DIREITO CONCORRENCIAL.....	53
3.1 A ordem econômica da CF/88 e alguns de seus princípios.....	53
3.2 O exame dos atos de concentração pelo CADE na Nova Lei Antitruste Brasileira.....	56
3.3 A análise antitruste.....	63
3.3.1 Mercado Relevante.....	63
3.3.2 Poder de mercado e probabilidade de seu exercício.....	65
3.3.3 A análise de eficiências.....	67
4. ALGUNS CASOS PRÁTICOS.....	69
4.1 O caso Nestlé – Garoto.....	69
4.2 O caso AmBev.....	72
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	75
REFERENCIAS.....	77

INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi idealizado buscando conciliar duas abordagens sobre o fenômeno da concentração empresarial.

A primeira, justificada pelo grande volume dessas operações no cenário de desenvolvimento econômico brasileiro atual, busca compreender as figuras de direito societário configuradas à finalidade concentracionista.

A segunda, fundada na recente edição da Nova Lei Antitruste Brasileira, busca investigar de que modo é feita a análise concorrencial das operações de concentração (controle de estruturas).

Aliando esses dois pontos de vista, buscaremos demonstrar em que medida os atos de concentração deixam de se manifestar como uma adaptação à realidade mercadológica vigente para se tornarem atentatórios à ordem econômica vigente.

1. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS: DO COMERCIANTE INDIVIDUAL ÀS MACRO-EMPRESAS

Uma breve análise do panorama histórico do direito comercial demonstra que a sua origem, enquanto disciplina autônoma, remonta exatamente à figura do comerciante individual da baixa Idade Média européia.

O renascimento urbano do Velho continente colaborou para a ascensão da classe burguesa, o que, por sua vez, alterou drasticamente a dinâmica do sistema econômico em vigor à época. Diante dessa nova realidade, era necessário que se regulasse a atividade comercial em moldes distintos; moldes, contudo, que não eram encontrados no direito comum, tampouco no direito canônico.

Esse cenário de descentralização política, no qual o Estado estava plenamente esfacelado, acabou por forçar os burgueses a criarem, por conta própria, instituições capazes de assegurar seus interesses comuns. Justamente em tais instituições, como as guildas e as corporações de ofício, é que nascem os primeiros regramentos autônomos do direito comercial. De acordo com o ensinamento de Bulgarelli, é aqui que se encontra

“[...] o período de formação do direito comercial. Criam os mercadores e artesãos, no seio das suas corporações, o seu direito ágil, vivo e solerte, em contraposição ao direito romano-canônico, excessivamente formalista e solene.”¹

Em um primeiro momento, esses estatutos mercantis tinham o fito de dirimir contendas atinentes, exclusivamente, à classe dos comerciantes, julgadas pelos chamados cônsules ou juízes consulares. Tem-se, assim, nessa primeira fase, uma concepção subjetiva, centrada em elementos profissionais e classistas, direcionadas tão somente aos sujeitos comerciantes.

Contudo, não tardou para que o alcance dessa jurisdição consular, outrora particular e restrita, se expandisse. O fortalecimento da classe burguesa foi

¹ BULGARELLI, Waldirio. *Direito comercial*, vol.1. São Paulo: Atlas, 1979, p. 27

tamanho que, pouco a pouco, os burgos evoluíram, transformando-se em verdadeiras cidades medievais complexas.

Com a evolução dos burgos e a proliferação das atividades mercantis, disseminou-se também o direito emanado das corporações. Assim, a competência dos juízes consulares passou a transcender os conflitos entre comerciantes até que, finalmente, o direito comercial passou a se debruçar sobre todo aquele que praticasse atos de comércio, independentemente do praticante ser ou não comerciante. Nas palavras de Vera Helena de Mello Franco:

“Com isto se acentuou a tendência para a objetividade, entendida no sentido de que o novo direito deixara de ser limitado à qualificação profissional de quem praticasse o ato, passando a abranger aquele que fosse autor ou réu numa relação com causa mercantil.

Isto é, a atenção foi deslocada para a natureza do ato praticado, independentemente da condição do autor. Assinala-se na raiz destas mudanças a abolição do monopólio das corporações, com a consagração da liberdade do exercício das artes e ofícios.”²

Nesse período de transformações, os tribunais de comércio nascidos nos burgos passaram a ser incorporados pelos Estados, que se reorganizavam nos parâmetros da idade Moderna, com destaque para as práticas do mercantilismo, do colonialismo e da expansão comercial.

O direito da época, dessa maneira, vai perdendo seus traços consuetudinários (advindos de sua aplicação classista e restrita) para ganhar contornos nitidamente estatais. O Estado, assim, toma as rédeas da legislação e da aplicação do direito comercial.

E é exatamente um diploma legal emanado do Estado que consolida a segunda fase do direito mercantil: o Código de Comércio francês de 1807, impulsionado pelos ideais de igualdade da Revolução Francesa, rompe de vez com os padrões classistas para, enfim, sedimentar a objetividade firmada no conceito de atos de comércio.

² FRANCO, Vera Helena de Mello. *Manual de direito comercial, vol. 1*. São Paulo: RT, 2004, p.22

Em que pese seu posterior aparecimento nas codificações de vários outros países àquele tempo, o conceito objetivista foi rapidamente superado. Muitas foram as críticas a tal modelo.

Entre elas, destaca-se a dificuldade de se precisar a definição dos famigerados atos de comércio. Esse entrave, que já existia quando da edição do Código francês, em 1807, foi se agravando com o decorrer dos anos, haja vista o constante surgimento de novos negócios não previstos nos róis prévios. Nesse sentido, pondera Verçosa:

“O Direito Francês e outros que seguiram aquele modelo jamais conseguiram erigir uma teoria coerente dos atos de comércio, a qual pouco a pouco veio sendo abrandada ou abandonada em favor de outros fundamentos, havendo resultado posteriormente, como será visto, em alguns ordenamentos jurídicos, a um retorno ao critério subjetivo, referenciado à pessoa do empresário.”³

Assim, face à gravidade do problema de sequer se conseguir definir o conceito básico dos atos de comércio, além de outros óbices (tais quais a fracassada proposta de dicotomia de direito privado entre atos civis e atos de comércio, por exemplo), viu-se ressurgir a teoria subjetivista do direito mercantil.

O primeiro marco legal do reestabelecimento subjetivista pode ser apontado no Código Comercial Alemão de 1897, que destaca tanto a figura do comerciante quanto o ato de comércio, mas condiciona a relevância de ambos à exploração empresarial, isto é, à atividade profissional.

Note-se que inexistente aqui a prevalência do ato de comércio *per se*, tampouco vigora exclusiva a figura classista do sujeito comerciante. Conforme arremata, de maneira precisa, Requião:

“Surge, assim, esplendorosa, a empresa mercantil, e o direito comercial passa a ser o direito das empresas comerciais.”⁴

Essa revisão da teoria subjetivista iniciada em 1897 foi reiterada no Código Civil Italiano de 1942, que, nos termos de seu art. 2.082, definiu que “é

³ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*, vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 49

⁴ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15

empresário quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada para o fim da produção ou da troca de bens ou serviços.”

Fazendo menção a Ascarelli, Verçosa explica a disposição italiana acima aludida:

“[...] a natureza da atividade juntamente com seu exercício profissional e habitual são os elementos qualificadores do empresário, e não mais a qualidade do sujeito. Nota-se, nesse caso, a persistência de um elemento objetivo quando se faz referência, justamente, a um campo determinado da atuação humana para tal finalidade.

O termo ‘atividade’ implica, evidentemente, uma pluralidade de atos. Na verdade, é Ascarelli, ainda, quem destaca tratar-se essa atividade de um tipo de negócio, exercido pelo agente; ou – melhor ainda – uma pluralidade de negócios, e não apenas os atos, os quais devem ser tomados em consideração para a caracterização daquela atividade quando referentes à substância do negócio, e não os meramente instrumentais.”⁵

No mesmo rumo, prossegue Bulgarelli:

“A escolha, pois, do empresário e da atividade empresária como centro do novo sistema não se deve ao arbítrio do legislador [...], mas sujeita-se a um imperativo da realidade, acompanhando o panorama da economia moderna, e, como fenômeno social do maior realce, pressiona os institutos jurídicos, a maior parte, como é natural, defasada em relação à realidade econômica e em particular com referência à empresa. É tão marcante a sua presença no mundo atual que dispensa, como fato notório, ser provada.”⁶ [grifo nosso]

Dessarte, a terceira – e atual – fase do direito comercial emerge direcionada ao empresário (sem que se olvide das condicionantes necessárias à sua caracterização), estando este emparelhado com os contornos da empresa.

É desse ponto, aliás, que parte a disseminação do termo “direito de empresa”, amplamente utilizado para descrever o atual direito mercantil.

⁵ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Op. cit., pp. 49-50

⁶ BULGARELLI, Waldirio. *A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade*. 1984. 466 f. Tese (Provimento de cargo de Professor Titular de Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 1984.

A empresa, porém, inserida em um contexto de acelerado desenvolvimento econômico e constante progresso técnico, rapidamente foi ganhando formas que passaram a diferenciá-la do seu conceito originário à época da retomada subjetivista.

Consoante o magistério de Bulgarelli:

“As novas realidades econômicas, advindas das transformações por que passou o mundo, a partir, notadamente, da Primeira Grande Guerra Mundial, insufladas por uma verdadeira revolução tecnológica, ensejaram transformações profundas no modelo jurídico original das sociedades anônimas, sobretudo para torná-las aptas a construir e manter a macroempresa.”⁷

E é precisamente no âmbito da constituição das macroempresas que ganha força o objeto de estudo do presente trabalho: o fenômeno da concentração empresarial.

Iniciado ainda no século XIX, esse movimento se difundiu durante a primeira Revolução Industrial, como resposta às necessidades de intenso acúmulo de capital e alcance da dimensão ótima de produção, entre outros.

Ademais, sem prejuízo da satisfação dessas necessidades, as empresas facilmente enxergaram inúmeras vantagens capazes de encorajar o aglutinamento, conforme elenca Comparato:

“[...] baixa do custo unitário de produção com o aumento do volume de unidades produzidas; possibilidade de autofinanciamento, libertando a empresa das injunções do mercado financeiro; multiplicação de estabelecimentos, permitindo se atingissem diretamente os diferentes centros de consumo, com a supressão dos intermediários; estocagem de matéria-prima, atenuando os efeitos das variações de preço; estudos de mercado e publicidade em larga escala.”⁸

Acompanhando a cadência histórica desse fenômeno, prossegue o autor demonstrando que as justificativas concentracionistas mudaram de tom quando analisado o período da segunda Revolução Industrial, este último muito mais associado ao avanço tecnológico do que a qualquer outro fator. Destacando a

⁷ BULGARELLI, Waldirio. *Manual das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 20

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: RT, 1970, p. 4

inovação como principal fonte de lucros das grandes sociedades, Comparato conclui que:

“A verdadeira concorrência empresarial nos próximos anos será travada em torno de produtos novos e técnicas novas.

Ora, nesse tipo de concorrência, só a grande empresa é viável. Só ela, com feito, oferece condições de participação independente nos setores mais avançados da tecnologia contemporânea, que exige um planejamento eficiente a médio e longo prazo, fundado na pesquisa, na infra-estrutura industrial, no auto-financiamento, e na extensão da rede comercial.”⁹

Atentando-se a essas observações é que se explica a explosão da concentração empresarial após a segunda guerra mundial. Nesse período, as operações de tal natureza tomaram conta dos mercados de diversas partes do globo.

Bulgarelli¹⁰ aponta como exemplo, na Europa, o cenário de nascimento do Mercado Comum Europeu, que impulsionou o fenômeno de concentração naquele continente, numa investida para combater os fortes grupos econômicos dos Estados Unidos.

Os Estados Unidos, por seu turno, assistiam, àquela época, à propagação dos conglomerados, estruturas que buscavam disseminar a aplicação de capital em múltiplos setores econômicos distintos.

No Japão, os *zaibatsus*, conglomerados comandados por poderosas famílias locais, chegaram a representar, no final da segunda grande guerra, 25% da totalidade de capital daquele país¹¹.

Enxerga-se, portanto, que o fenômeno aqui analisado está longe de ser um evento isolado. De outra sorte, dispõe-se a capitanear o avanço econômico contemporâneo, razão pela qual seu estudo prescinde de justificativas extensas.

⁹ Idem, p. 5

¹⁰ BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de empresas e direito antitruste*. São Paulo: Atlas, 1997, pp. 20-23

¹¹ Disponível em: <http://www5.fgv.br/ctae/publicacoes/Ning/Publicacoes/00-Artigos/JogoDeEmpresas/Karoshi/glossario/ZAIBATSU.html>. Acesso: 13 de agosto de 2013

No Brasil, não é diferente. A questão do aglutinamento empresarial toma ainda mais relevância se analisada dentro do cenário de crescimento econômico dos últimos anos, que acaba impulsionando operações de tal natureza.

A concentração empresarial, todavia, muitas vezes é utilizada com um claro viés atentatório à livre concorrência, violando princípios da ordem econômica nacional.

Essa linha, todavia, é extremamente tênue. Identificar o momento em que um ato de concentração deixa de ser uma adaptação à realidade econômica para se revestir de contornos puramente anticoncorrenciais exige um estudo detalhado.

É exatamente esse o objetivo do nosso trabalho. Busca-se, assim, determinar, os parâmetros aptos a permitir ou não a configuração desse fenômeno, com base numa análise combinada dos tipos societários e da disciplina da nova lei antitruste brasileira.

Isso posto, prossegue-se à análise individual de diversas figuras que se apresentam como espécies de atos de concentração, desviando-se o foco, agora, para as peculiaridades de cada uma delas.

2. A CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS: UMA ANÁLISE DE DIREITO SOCIETÁRIO

No âmbito do direito societário, é certo que grande parte dos assuntos relacionados à concentração de empresas é controversa. Pouco importa se a questão tratada é seu conceito, sua abrangência ou, ainda, sua classificação. O fato é que a doutrina diverge das mais variadas formas, sendo raro encontrar, até mesmo, uma mínima semelhança no sentido dos termos empregados por um e outro autor.

Por conta disso, o que se propõe, na medida do possível, é uma análise objetiva e didática, pautada, também, pela relevância das figuras descritas para o direito concorrencial.

2.1) Conceito

Como ponto de partida, buscamos um conceito apto a descrever o fenômeno concentracionista nas suas diversas facetas.

Citado por Bulgarelli, Federico Pepe afirma que a concentração é uma operação que “permite a combinação de duas ou mais empresas numa única entidade econômica, ou a sua coordenação sob a direção de uma delas.”¹²

Em um paradigma mais característico do direito econômico, Fábio Nusdeo define a concentração como um “processo de redução do número de unidades num dado mercado, ou então, quando o número em si não se reduz, a união, via cartel, de várias delas para formar um único centro decisório, o que vem a dar na mesma.”¹³

¹² BULGARELLI, Waldirio. *Manual das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 279

¹³ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 278

Borges da Fonseca, por seu turno, citado por Maria Cecília Andrade, emprega a definição segundo a qual “a idéia de concentração econômica ou empresarial é simples: expressa o aumento de riqueza em poucas mãos.”¹⁴

Utilizando as mesmas palavras, Paula Forgioni acrescenta que o aludido aumento de riqueza vem relacionado com o “aumento de poder econômico de um ou mais agentes do mercado”.¹⁵

Desnecessário mencionar que, por mais pragmáticas que sejam as referidas definições, elas são deveras simplórias quando se tem em vista a complexidade do fenômeno investigado, ainda mais em um escopo voltado, em um primeiro momento, ao direito comercial.

Por essa e outras razões é que nosso entendimento procurou se coadunar com um conceito mais detalhado, capaz, todavia, de albergar uma gama extensa de figuras societárias.

Atentos a tal amplitude, parece-nos mais adequado adotar o ensinamento de Luiz Olavo Baptista:

“ [...] no conceito jurídico de concentração englobam-se todas as formas de crescimento, integração, quase interposição, simbiose, agregação, nas quais se possa manifestar a tendência da empresa – a que aludimos – de reunir capacidades econômico-tecnológicas para o aumento de seus potenciais, e que lhe permitam melhor posicionamento no mercado.”¹⁶

Nesse sentido, um ponto digno de nota, também por fazer mais simples o entendimento da concepção acolhida, é o afastamento da distinção entre integração e concentração, comumente empregada em estudos concentracionistas, sobretudo no campo da economia.

Isso porque, como o próprio Baptista adverte no mesmo artigo, o viés jurídico do instituto observado é mais amplo que seu viés econômico, razão pela qual denomina a noção por ele desenvolvida de “concentração-integração”.

¹⁴ ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de concentrações de empresas*. São Paulo: Singular, 2002, p. 26

¹⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 394

¹⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo. Concentração de empresas. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo, nº 9, p. 183-201, 1979

Apenas a título de breve esclarecimento, não é demais rememorar que a doutrina costuma elencar três modalidades tradicionais de integração, a saber: a) *vertical*, entre empresas de diferentes níveis produtivos da mesma atividade/indústria; b) *horizontal*, entre empresas concorrentes entre si, em um mesmo nível de produção e c) *mediante conglomerados*, esta última abrangendo a aglutinação de atividades de setores diversificados pelo mesmo agente econômico.

Em que pese a necessidade de sua apresentação, ainda que resumida, tal classificação não serve muito a nossa investigação, posto que, como demonstraremos mais à frente, a estruturação aqui proposta para os modelos de concentração empresarial é de outro teor.

Fechado esse parêntese, é importante levantar alguns dos principais motivos que levam as empresas a se concentrarem.

2.2) Principais motivos

Quando se procura o cerne das justificativas para o movimento concentracionista, é comum que se esbarre no famigerado termo “economia de escala”.

O emprego desse conceito por diversos autores não é acidental. A economia de escala - assim entendida como a resultante da utilização máxima dos meios produtivos de modo a encontrar o menor custo de produção possível para que os bens e serviços disponibilizados sejam aprimorados (seja em qualidade, seja em quantidade, seja em preço, seja em diversos outros fatores) – é um modelo muito atrativo para empresas inseridas em um cenário de alta competitividade e consumo de massa, tal qual é o mercado dos dias atuais.

Contudo, o ajuste a esse padrão não é fácil. São necessários recursos vultosos e ferramentas aptas à diluição do risco. É exatamente nesse ponto que a idéia da concentração começa a se tornar interessante. Afinal, esse ajuste vai

se descomplicando na medida em que se passa a juntar forças com outras empresas.

Por isso mesmo é que não é raro encontrar quem diga que os fenômenos de aglutinação, de modo geral, nada mais são que empreitadas objetivando a implementação de economias internas de escala. O magistério de Comparato, por exemplo, segue essa linha de raciocínio:

“Não há negar, entretanto, que os grupos econômicos foram criados, exatamente, para racionalizar a exploração empresarial, harmonizando e mesmo unificando as atividades das várias empresas que os compõem. É graças a essa racionalização administrativa que o lucro marginal é elevado, com a baixa do custo unitário de produção. Eles propiciam a criação de ‘economias internas de escala’, já assinaladas pelos economistas desde o princípio do século. Todos os sistemas econômicos, qualquer que seja o regime político que os acompanha, tendem a esse mesmo objetivo de agrupamento e coordenação empresarial. A empresa isolada é, atualmente, uma realidade condenada, em todos os setores, máxime naqueles em que o progresso está intimamente ligado à pesquisa tecnológica.”¹⁷

No que se refere à diluição do risco, em específico, cabe frisar que o mesmo é fragmentado não apenas no que se refere, obviamente, à atividade empresarial em si, mas também no que tange à responsabilidade patrimonial que recai sobre o investimento e ao próprio mercado consumidor.¹⁸

Além dos interesses por aperfeiçoamento da produção, diluição de riscos e aumento de recursos, pode-se elencar como justificava também a questão da concorrência, que acaba por ser, na verdade, o fator determinante por trás das operações de concentração, em sua esmagadora maioria.

Conforme já mencionado no conceito por nós adotado, o norte do fenômeno estudado é a melhora do posicionamento da empresa no mercado. Dessa maneira, quando se investe em aperfeiçoamento de produção, o que se deseja nada mais é que uma posição mais vantajosa no mercado. O mesmo se aplica quando se fala de aumento de recursos, ou ainda da diluição de riscos.

Isso importa dizer que todas as justificativas apresentadas configuram-se tão somente como mordômicas. Ou seja, servem apenas de instrumento ao

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 375

¹⁸ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Manual de direito comercial, vol. 2*. São Paulo: RT, 2004, pp. 260-261

objetivo precípua de todo agente econômico cuja peculiaridade é a incessante perseguição do lucro: novamente, a melhora de seu posicionamento econômico.

Essa tão almejada posição mais vantajosa, por sua vez, está intimamente ligada ao domínio de mercado, ao combate aos concorrentes. É uma cadeia de fatores estreitamente conectados.

Como demonstraremos no capítulo seguinte, é fundamental destacar que a simples posição dominante ou o alto nível de concentração, quando evidenciados em um determinado setor da economia, não configuram um ilícito *per se*.

A propósito, recorda-se que o próprio Estado brasileiro já lançou mão de políticas que incentivavam atos de concentração como fusões e incorporações. Sobretudo nas décadas de 60 e 70 (mais acentuadamente na última, durante a qual foram lançados o primeiro e o segundo Planos Nacionais de Desenvolvimento), diversas leis foram editadas concedendo incentivos a operações de tal natureza, notadamente por meio de benefícios fiscais.

Assim, não há motivo para se condenar esse comportamento, salvo quando, é claro, for demonstrado que determinada operação fere os princípios da livre concorrência adotados pelo ordenamento jurídico nacional.

A questão dos impactos causados pelos atos de concentração à concorrência, todavia, não é assunto a ser discorrido nesse momento.

Encerrando o estudo das justificativas, falta apenas mencionar que também a empresa pode ser motivada à concentração por conta de interesses fiscais. Repetindo o exemplo dado por Champaud, Bulgarelli¹⁹ narra um caso no qual o “Bank of America”, para quitar um empréstimo concedido, assumiu o controle de um cinema. Diante da situação deficitária do cinema, o banco operou sua incorporação por uma empresa de sabão que possuía, de modo que os prejuízos daquele fossem deduzidos dos lucros desta.

¹⁹ BULGARELLI, Waldirio. *Manual das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 279

2.3) Atos de concentração: uma tentativa de classificação teórica

Para a melhor compreensão da classificação aqui proposta, são necessárias algumas ponderações iniciais.

A esquematização dos atos de concentração descrita nas páginas a seguir procurou se alinhar, ao máximo, com o dispositivo do artigo 90 da Lei 12.529/2011 (Nova Lei Antitruste Brasileira). Tentamos abordar a grande maioria das estruturas concorrenciais elencadas no aludido texto legal, almejando a análise dos desdobramentos societários de cada uma delas.

Uma vez mais, ressalta-se que não nos orientamos por um exame conceitual pormenorizado de cada um dos institutos apresentados. De modo distinto, guiamo-nos, na medida do possível, por uma investigação clara, objetiva e didática, nos limites que uma dissertação de conclusão de curso nos impõe.

Isso esclarecido, começamos a nossa abordagem.

Partindo do conceito adotado no início desse capítulo, aplicaremos a lição de Gonçalves Neto²⁰, que divide as operações de concentração em dois grandes gêneros.

O primeiro, por ele denominado “junção completa”, consiste na “unificação de patrimônios e dos sujeitos de direito nele envolvidos”. É o que os comercialistas, em geral, chamam de operações de reorganização societária, especificamente a *fusão*, a *incorporação* e uma das espécies de *cisão*.

O segundo gênero, por seu lado, cuida dos “ajustes societários de coligação”. A nosso ver, todavia, parece melhor chamá-los de *ajustes societários de ligação* (entendendo-se essa *ligação* como a relação interempresarial em sentido amplo), porque o emprego do termo *coligação* nesse momento pode ser erroneamente interpretado no sentido estrito de participação quantitativa de capital (conceito do Código Civil), e não é esse sentido que desejamos imprimir ao termo no escopo da atual classificação.

²⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 458-459

Nesses *ajustes societários de ligação*, não há unificação de patrimônio, tampouco de sujeitos, persistindo, portanto, a autonomia patrimonial e a personalidade societária de cada uma das envolvidas.

Subdividindo os *ajustes societários de ligação*, trabalharemos com duas espécies, igualmente preceituadas por Gonçalves Neto.

A primeira espécie relaciona-se aos *ajustes societários decorrentes de relação de participação de capital entre duas ou mais sociedades*. Nela, encontram-se as sociedades *controladoras* e *controladas*, as sociedades *filiadas* (na dicção do novo Código Civil), que equivalem às *coligadas stricto sensu* (na leitura da Lei Acionária) e as sociedades *de simples participação*.

A segunda espécie, de maneira distinta, faz menção aos *ajustes societários decorrentes de contratos*. Inseridos aqui estão os *grupos convencionais de sociedades* ou *grupos societários formalmente constituídos*, os *consórcios* e demais *contratos interempresariais*.

2.3.1) A “junção completa”: operações de reorganização societária

Trataremos a seguir de atos de concentração que se operam por meio de reorganização societária. Em todos eles, as sociedades envolvidas deixam de ser autônomas para se juntarem completamente. A autonomia individual desaparece em proveito de uma sociedade que unifica os sujeitos de direito participantes do processo, bem como seus respectivos patrimônios.

2.3.1.1) A fusão

Partindo da definição legal, a fusão se caracteriza como a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações (art. 228, Lei das S/A).

As sociedades que se fundem, assim, deixam de existir legalmente, para dar lugar a uma nova. Para que a decisão acerca da fusão seja válida, é necessário que cada sociedade envolvida na operação respeite, nesse processo, a forma estabelecida de acordo com seu respectivo tipo societário, nos termos do art. 1.120 do Código Civil.

Cabe aos administradores das sociedades envolvidas a palavra final acerca dos aspectos do negócio, bem como a preparação do ato constitutivo da nova sociedade e a nova distribuição do capital social. Outro documento essencial nas operações de fusão é o protocolo de fusão, contendo suas justificativas econômicas. Aprovado esse protocolo, peritos especialmente designados avaliam o patrimônio de cada uma das empresas envolvidas.

Finalizados os laudos, estes são levados a uma assembléia geral conjunta, que delibera acerca das avaliações e, por fim, resolve sobre a constituição definitiva da nova sociedade.

2.3.1.2) A incorporação

Novamente com base no conceito da Lei do Anonimato, a incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações (art. 227).

Ao contrário do que ocorre na fusão, não se cria aqui uma sociedade nova. De outra sorte, o que ocorre é a absorção, por parte da incorporadora, da(s) incorporada(s).

Por outro lado, assim como acontece com as sociedades fundidas, a(s) empresa(s) absorvida(s) também deixa(m) de existir com a conclusão da operação.

É necessário que a medida seja aprovada por cada uma das envolvidas, observando-se os respectivos regramentos de cada tipo societário.

Essencial para a incorporação também é o devido protocolo da operação, cujos requisitos são elencados no artigo 225 da Lei das S/A. Esse protocolo deve ser aprovado, em assembléia geral, tanto pela incorporadora quanto pela incorporada.

À aprovação por parte da incorporadora, seguem-se a autorização do aumento de capital a ser subscrito e realizado por ela mediante versão de seu patrimônio líquido e a nomeação dos peritos avaliadores do patrimônio.

Já a aprovação por parte da sociedade incorporada autoriza seus administradores a realizar as diligências necessárias à conclusão da operação, especialmente a subscrição do aumento de capital da incorporadora.

Chancelados os laudos de avaliação e aprovado o ato de incorporação pela sociedade incorporadora, fica(m) extinta(s) a(s) empresa(s) absorvida(s).

Por fim, cabe à incorporadora o arquivamento e a publicação dos atos da operação, promovendo a respectiva averbação em registro próprio.

2.3.1.3) A cisão

Extraíndo, uma vez mais, a definição da Lei das S/A, sabe-se que a cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão (art. 229).

Da extensão de seu conceito, fica fácil depreender que a cisão comporta uma série de espécies. Evidentemente, não se pode esperar consenso da doutrina nessa classificação. Não nos atentaremos, todavia, às divergências doutrinárias, mas tão somente à específica parcela que é relevante para o estudo da concentração de empresas.

No exame das espécies, iniciamos com a *cisão pura* ou *cisão propriamente dita* ou, ainda, *cissiparidade*, na qual a sociedade original se divide

em duas ou mais e, por fim, extingue-se. Como observam alguns autores, o que ocorre aqui é uma fusão às avessas. Isso porque, enquanto na fusão duas ou mais sociedades se unem, formam uma nova e depois se extinguem, na *cisão pura*, uma sociedade se divide em duas ou mais e se extingue.

O que ocorre aqui, portanto, é, na realidade, um processo de desconcentração, em que o poder econômico acaba sendo dividido, diminuído se comparado ao seu *status* anterior.

Outro tipo específico de cisão, chamado, por Gonçalves Neto²¹, de *desincorporação*, consiste na retirada de parte do patrimônio da cindida para a criação de uma ou mais sociedades. Com efeito, esse processo é o oposto da incorporação, no qual a sociedade incorporadora absorve outra(s) e aumenta seu patrimônio.

Aqui, o que ocorre é a redução patrimonial da cindida, que, embora não seja extinta, transfere parte de si para a criação de nova(s) sociedade(s). Uma vez mais, verifica-se a ocorrência de desconcentração, haja vista a diminuição de poderio econômico em relação ao momento inicial.

Na *cisão-holding*, apontada por Bulgarelli²², a sociedade originária divide seu patrimônio em duas ou mais sociedades que são constituídas especificamente para esse fim. Ou seja, a sociedade cindida transfere seu patrimônio para as novas, mas resguarda para si o direito de controlá-las. Desse modo, o objeto social da cindida altera-se, tornando-se a mesma uma *holding* pura, cuja atividade limitar-se-á ao “gozo das participações societárias de que é titular”, como bem observa Verçosa²³.

Nessa espécie de cisão, não se pode afirmar que se verifica um processo de desconcentração, tampouco de concentração. Afinal, para fins de participação de mercado, a situação não se modifica, já que o poderio econômico da sociedade cindida permanece exatamente o mesmo. Ele só se traduz de maneira diferente: enquanto, no momento inicial, era exercido

²¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 520-521

²² BULGARELLI, Waldirio. *Manual das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 288

²³ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*, vol. 2. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 261

diretamente pela sociedade una, após a cisão ele é exercido mediante o controle das sociedades novas. O cenário, todavia, é o mesmo. Não há que se falar em aumento de riqueza ou de patrimônio capaz de configurar uma operação concentracionista.

Por fim, temos, como última espécie de cisão, a *cisão-absorção*, no escólio de Bulgarelli, ou *cisão com incorporação*, na visão de Gonçalves Neto. Ambos os autores destacam, quanto a essa modalidade, a divisão do patrimônio da sociedade cindida entre sociedades já existentes. Por isso, ambos enxergam que o que ocorre, afinal, é uma verdadeira incorporação, porquanto as sociedades já existentes absorvem parte da cindida, fato que importará, às primeiras, verdadeiro acréscimo patrimonial.

Apenas a título de curiosidade, a diferença entre os conceitos de Bulgarelli e Gonçalves Neto é que o primeiro afirma que necessariamente se opera a extinção da cindida no procedimento; já o segundo admite tanto a versão total (que implica na extinção) quanto a versão parcial (na qual a sociedade cindida permanece) da cisão. Para os fins do nosso trabalho, contudo, pouco importa esse conflito conceitual.

O ponto de destaque, nesse caso, é especificamente a absorção havida pela sociedade já existente que recebeu parcela do patrimônio da cindida. É precisamente esse fato que atrai nosso interesse, visto que acarreta crescimento econômico direto da “incorporadora”.

Uma questão curiosa acerca dessa última espécie de cisão é que a natureza da operação varia conforme o ponto de vista. Se observado pelo prisma da sociedade originária, trata-se, obviamente, de cisão, devendo ser aplicadas as normas atinentes à mesma.

Todavia, quando enxergada sob a óptica da sociedade que absorve parte do patrimônio cindido, fala-se em verdadeira incorporação. Tanto é assim que o próprio §3º do artigo 229 da Lei do Anonimato determina que a cisão com versão de parcela de patrimônio em sociedade já existente obedecerá às disposições sobre incorporação.

Logo, a *cisão-absorção* nos interessa exatamente por conter um meio de concentração decorrente de “junção completa”, justamente a incorporação. Muito embora toda a dinâmica do procedimento envolva também a sociedade cindida, o fator determinante para se verificar a concentração é o aumento patrimonial verificado exclusivamente pela sociedade que já existia, com natureza, repese-se, de incorporação.

Por fim, não é demais frisar que, em caso de extinção da sociedade cindida, o dever de arquivar e publicar os atos da operação é dos administradores das sociedades que absorveram as parcelas do patrimônio repartido. Por outro lado, se a empresa cindida sobrevive à operação, essa diligência cabe também aos seus administradores, sem prejuízo do dever dos administradores das sociedades que absorveram o patrimônio.

2.3.2) Os “ajustes societários de ligação”

O que se verá dentro das espécies e subespécies estudadas a seguir são atos de concentração que preservam a autonomia das empresas envolvidas. Muito embora alguns exemplos caracterizem verdadeiro vínculo de subordinação entre sociedades, vale destacar que em momento algum as participantes dos “ajustes societários de ligação” perdem suas respectivas personalidades individuais.

Uma vez mais, pedimos que se mantenha em mente a idéia de que a *ligação* aqui tratada abrange o sentido amplo dos relacionamentos interempresariais, sem perder de vista aquele que, a nosso ver, é o pilar da concentração de empresas em geral: a busca por uma posição econômica mais vantajosa.

2.3.2.1) Os “ajustes societários de ligação” decorrentes de participação de capital entre duas ou mais sociedades (coligação “lato sensu”)

O Código Civil de 2002 disciplinou a participação de capital entre sociedades em seus artigos 1.097 e seguintes, nomeando tal instituto, genericamente, de *coligação*.

Utilizando, aparentemente, critérios quantitativos, ramificou a chamada *coligação* em: sociedades controladoras, controladas, filiadas (ou coligadas) e de simples participação.

Como se enxerga de antemão, a dupla utilização da palavra “coligação”, com significados distintos, causa estranheza e confusão.

Por isso, é prudente avisar que, a partir daqui, utilizaremos o termo “coligação *lato sensu*” para falar das relações de capital em sentido amplo, genérico. De maneira distinta, quando se for abordar a relação da coligação em **seu sentido específico** (traduzido como uma das espécies da “coligação *lato sensu*”), empregaremos um destes termos: “filiação” ou “coligação *stricto sensu*”, que vêm a ser sinônimos. Credita-se essa distinção a Verçosa²⁴.

Pois bem, adentrando no regime das sociedades coligadas *lato sensu*, a primeira distinção digna de nota concerne ao vínculo de subordinação, peculiaridade das sociedades controladoras e controladas. É o que se demonstra a seguir.

a) Sociedades controladas e controladoras

Extraíndo o conceito do artigo 1.098 do Código Civil, considera-se como controlada a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores; ou a sociedade cujo controle, mencionado

²⁴ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*, vol. 2. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 262-263

anteriormente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas.

Obviamente, essa “outra sociedade” a que remetem os incisos I e II do artigo suscitado é a controladora, que exerce seu poder de controle de maneira direta ou indireta (controle em cadeia), respectivamente.

Assim, para que se configure a relação de participação de capital em comento, é necessária a existência de um vínculo de subordinação da controlada à controladora.

Esse vínculo é precisamente o controle, e não se limita à posse da maioria das ações, quando se trata de sociedade por ações, ou da maioria do capital social.

Isso significa que, apesar de parecer que o Código Civil distinguiu os vários ramos da coligação *lato sensu* por meio de parâmetros quantitativos, uma observação mais atenta mostra que “há possibilidade do controle com percentual reduzido, o que mostra que a divisão valora, na verdade, a existência de vínculos de dependência (subordinação) ou não [...] entre as sociedades.”²⁵

Nas sociedades anônimas, por exemplo, diante de eventual dispersão ou ausência dos acionistas, é possível determinar as deliberações da assembléia geral com porcentagem inferior a 50% das ações com direito a voto (não é demais recordar que, para fins de caracterização de controle, computam-se apenas as ações votantes).²⁶

O controle pode advir não apenas de mecanismo interno da sociedade, como também de mecanismos contratuais ou até mesmo pessoais. Exemplos são o acordo de acionistas e o controle por grupos informais.

Outra observação fundamental acerca do assunto é feita por Carvalhosa, ao afirmar que:

“O que identifica essa posição de privilégio e responsabilidade legal (arts. 117 e 245) é o efetivo exercício desse poder de impor a política e

²⁵ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 459

²⁶ BULGARELLI, Waldirio. *Manual das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 298

os quadros de administração das sociedades, direta ou indiretamente controladas. Ou seja, não é a possibilidade de exercício majoritário ou minoritário de comando que caracteriza o controle, mas a sua efetividade.²⁷

Existe ainda o dever de tratamento equânime, por parte da administração, entre todas as sociedades inter-relacionadas em qualquer dos regimes de coligação *lato sensu*.

Dessa maneira, não se pode favorecer uma ou outra sociedade determinada (mesmo nos cenários em que há vínculo de subordinação), devendo-se observar também, em eventuais operações entre elas, condições estritamente comutativas ou com pagamento compensatório, nos termos dos artigos 245 e 246 da LSA.

b) Sociedades filiadas e sociedades de simples participação

Ao contrário do que ocorre entre controladoras e controladas, não existe vínculo de subordinação no fenômeno entre as coligadas *stricto sensu*, ou seja, não há exercício de poder de controle entre elas.

De acordo com o artigo 1.099 da Lei Civil, coligada (*stricto sensu*) ou filiada é a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, sem controlá-la.

Atualizando esse conceito, a Lei 11.941/2009, ao modificar a redação do artigo 243, § 1º da LSA, criou as nomenclaturas da investidora e investida, sendo aquela a sociedade que detém influência significativa nesta.

Vale dizer que tais nomenclaturas já eram utilizadas previamente por alguns doutrinadores, como Carvalhosa, que falava em coligadas (*stricto sensu*)

²⁷ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, vol. 4 t. 2. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 8

investidoras e coligadas (*stricto sensu*) investidas muito antes da edição da referida lei²⁸.

A impressão que temos é que o diploma de 2009 surgiu como resposta às vastas críticas doutrinárias direcionadas à utilização de critérios que pareciam estritamente quantitativos para classificação, promovida pelo Código Civil, das modalidades de coligação *lato sensu*.

Como já se discutiu no tópico acerca das *controladoras e controladas*, por exemplo, nem sempre é necessário que se chegue aos “50%+1” para que se efetive o poder de controle.

Sintetizando: o poder de mando consiste na preponderância das decisões assembleares. Essa preponderância *pode* se dar por *meio* da maioria dos votos, mas nem sempre a maioria dos votos é necessária para que haja preponderância.

Raciocínio análogo se aplica à definição das coligadas *stricto sensu*. O seu elemento característico é a influência significativa sem que exista controle. Essa influência, todavia, não pode se prender a uma porcentagem que, como bem aponta Verçosa, é meramente arbitrária²⁹.

Diante desse impasse, parece-nos muito mais lúcido conceituar as filiadas utilizando o preceito introduzido pela Lei 11.941/2009. Uma vez mais se alinhando ao que foi dito acerca do controle, a influência significativa *pode* se dar por *meio* da participação no patamar mínimo de 10% do capital sem relação de controle, mas nem sempre esse percentual específico é necessário para que haja a influência.

Adotando o preceito de 2009, enxergamos que até mesmo as sociedades de simples participação (no magistério de Verçosa, “as que participam do capital de outras sociedades com menos de 10% do capital destas últimas, com direito

²⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, vol. 4 t. 2. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 7

²⁹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*, vol. 2. São Paulo: Malheiros, 2006, p 263

de voto³⁰”), usualmente tratadas como modelo à parte das filiadas, podem ser albergadas por estas últimas.

Isso porque, fazendo uso do dispositivo do § 4º do artigo 243 da LSA (que afirma que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la), podemos dar exemplos de sua ocorrência sem necessidade do famigerado percentual mínimo de 10%: a regra do § 2º do artigo 161 da LSA é um deles.

Por fim, encerrando a questão do diploma de 2009, tem-se também a presunção de influência significativa nos casos em que a investidora for titular de 20% ou mais do capital votante da investida, sem que haja poder de controle.

2.3.2.2) Os “ajustes societários de ligação” decorrentes de contratos

Diferentemente do que acontece nos ajustes derivados da participação de capital, o que se vê, em relação aos contratos, é a legitimação jurídica da ligação entre as sociedades.

Para ilustrar essa distinção, usamos o exemplo de Carvalhosa: ao comparar o regime das controladoras e controladas com o *grupo societário formalmente constituído*, ele conclui que aquele se apresenta tão somente como uma “entidade econômica de relevância jurídica”, enquanto esta se reveste dos contornos de uma verdadeira “entidade jurídica”.³¹

Por mais que essa diferença – atinente à existência de um contrato, nos *grupos de direito*, legitimando o idêntico vínculo de subordinação que também se verifica entre controladoras e controladas – possa parecer sutil, ela já é o bastante para separar esses dois modelos de concentração semelhantes em ramos distintos. É o que passamos a investigar abaixo.

³⁰ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*, vol. 2. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 264

³¹ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, vol. 4 t. 2. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 7

a) *Os grupos de direito ou grupos formalmente constituídos*

Os grupos de direito ou grupos formalmente constituídos apresentam como elemento característico próprio a convenção de grupo.

Essa convenção nada mais é que um contrato firmado entre as sociedades integrantes, visando à combinação de recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou à participação de atividades ou empreendimentos comuns, tudo nos termos do artigo 265 da Lei Acionária.

Ressalte-se, contudo, que não basta a existência da convenção para que o *grupo de direito* seja caracterizado. De outra sorte, igualmente essencial é o vínculo de subordinação entre a sociedade controladora e as controladas, vínculo traduzido em participação acionária dotada de controle.

Assim, o cenário que dá lugar às controladas e controladoras continua – ou melhor, *deve* continuar – existindo também nos *grupos de direito*. A diferença fundamental entre uma e outra modalidade concentracionária é que na última exige-se que a subordinação seja legitimada formalmente por uma convenção.

Diante da convenção de grupo, é possível afastar a necessidade de tratamento equânime entre as sociedades, obrigatória no regime dos *ajustes societários decorrentes de participação de capital*. O que se afirma com isso é que pode a direção dos *grupos de direito* determinar a subordinação dos interesses de uma sociedade aos de outra ou aos interesses do grupo, desde que o pacto celebrado assim a autorize.

Esclarece-se que a administração, aqui, é autônoma, ou seja, não necessariamente coincide com a da sociedade controladora. Seu requisito primordial é ter a estrutura alinhada com a convenção, nos ditames do artigo 272 da Lei das S/A. Na compreensão de Carvalhosa:

“A lei quando fala em ‘sociedade de comando’ refere-se ao comando acionário (controle) e não ao comando de grupo [...]. Daí decorre que essa direção única não será exercida pela sociedade controladora do grupo ou por qualquer outra dela integrante (art. 272). A relação de

subordinação opera-se entre a direção autônoma do grupo (art. 272) e todas as suas integrantes, inclusive a sociedade controladora.³² [grifo nosso]

Ademais, anote-se que a sociedade controladora ou de comando do grupo deve ser brasileira, por força do disposto no § 1º do artigo 265 da Lei Acionária.

Para que o grupo seja enfim constituído, é necessária a aprovação da convenção pelas sociedades que o compõem, respeitando cada uma delas as normas para alteração do contrato social ou estatuto (quórum do art. 136 da Lei das S/A), de acordo com os regramentos dos seus respectivos tipos societários.

Aprovada a convenção pelas sociedades integrantes e arquivados os documentos exigidos pelo artigo 271 da LSA, considera-se constituído o *grupo de direito*, que se utilizará das palavras *grupo* ou *grupo de sociedades* em sua denominação.

Muito embora o diploma acionário tenha dedicado tratamento detalhado ao grupo societário *formalmente constituído*, é consenso na doutrina que a lei, com o perdão da expressão, simplesmente “não pegou”.

Entre as causas principais, estão a) o fato de que esse modelo, quando introduzido, não tinha tradição alguma no Brasil; b) a falta de incentivos econômicos para a sua adoção; c) a facultatividade da formação dos grupos convencionais, posto que o efetivo vínculo fático de subordinação já era o bastante para configurar o controle entre as sociedades controladoras e controladas, sem necessidade da convenção; d) a excessiva oneração advinda do direito de retirada dos minoritários contrários à convenção e e) o alto custo de manutenção da estrutura administrativa autônoma.³³

Os dados relativos aos *grupos de direito* a que tivemos acesso não coincidem perfeitamente. Verçosa afirma com convicção que “não existe sequer

³² CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, vol. 4 t. 2. São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 264-265

³³ PRADO, Viviane Muller. Grupos societários: análise do modelo da lei 6.404/1976. *Revista Direito GV*. São Paulo, nº 2, p. 5-28, 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9651/Viviane%20Muller%20Prado.pdf?sequence=1>, acesso em 04 set 2013

um grupo de direito em atuação no Brasil”³⁴. Comparato, por sua vez, citado por Viviane Muller Prado, teria dito que “tem-se conhecimento de menos de 30 grupos de direito no Departamento Nacional de Registro de Empresas.”³⁵

De um modo ou de outro, a realidade é que o instituto do *grupo formalmente constituído* é figura inexpressiva na prática comercialista brasileira. Quando se tem em vista que sua inclusão na Lei do Anonimato se deu de maneira experimental, a conclusão a que se chega é que há apenas duas alternativas restantes ao legislador: adequar os diplomas legais para que sua adoção passe a ser interessante (ou obrigatória) às empresas relacionadas por vínculo de subordinação ou extinguir de uma vez por todas esse modelo fracassado.

b) Os consórcios

Disciplinado pelo artigo 278 e seguintes da LSA, o consórcio é um contrato firmado entre sociedades para execução de determinado empreendimento, independentemente de existência de controle entre elas.

Desse modo, ainda que ele se opere entre sociedades com vínculo de subordinação, sua classificação como “ajuste societário” decorrente de *contrato* persiste, posto que é o pacto firmado (e não o vínculo de subordinação) que se apresenta como seu elemento característico.

Muito embora se constitua por meio de um acordo, o consórcio não tem personalidade jurídica, de modo que cada consorciada responde apenas pelas próprias obrigações assumidas. A solidariedade aqui não é presumida, só incidindo em caso de previsão por cláusula expressa ou por lei.

³⁴ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*, vol. 2. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 266

³⁵ PRADO, Viviane Muller. Grupos societários: análise do modelo da lei 6.404/1976. *Revista Direito GV*. São Paulo, nº 2, p. 5-28, 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9651/Viviane%20Muller%20Prado.pdf?sequence=1>, acesso em 04 set 2013

Apesar de não dotado de personalidade jurídica, o consórcio, por força do artigo 279, tem personalidade judicial e negocial, expressa pelas suas representação e administração.

No que tange às diferenças em relação ao *grupo convencional*, ensina Carvalhosa:

“Nos grupos convencionais (art. 265), o objeto é permanente e, necessariamente, duradouro, com o aproveitamento de recursos e de atividades empresariais visando a favorecer o grupo de sociedades como um todo. Já no consórcio, o objetivo não será permanente, e visará sempre a benefícios individuais para as sociedades consorciadas. Estas, por sua vez, mantêm total autonomia quanto à administração de seus negócios, obrigando-se nos estritos limites previstos no respectivo contrato consorcial. Não estão, portanto, as sociedades consorciadas submetidas a uma direção que se sobrepõe às administrações de cada uma.”³⁶

A LSA não dedica muitos artigos ao regramento do consórcio. Contudo, por conta da larga utilização prática desse instituto, algumas observações são dignas de nota.

Muitas vezes, podem ser encontradas sociedades de propósito específico constituídas a partir de consórcios, por conta do desejo das consorciadas de imprimir um tom mais operacional ao instituto.

É comum também que as empresas se consorciem para cumprir exigências de alta complexidade advindas, por exemplo, de licitações do Poder Público, razão pela qual há disposições acerca do consórcio também em leis diversas da LSA, como o próprio diploma de licitações (Lei 8.666/1993).

Quanto às *joint ventures* originárias do direito norte-americano, comumente aproximadas dos consórcios pela doutrina, vale a reflexão de Engrácia Antunes, citado por Gonçalves Neto, que afirma que esse modelo específico generalizou-se “na prática internacional dos negócios para designar um amplíssimo setor de acordos vocacionados à realização de um empreendimento comum entre empresas”³⁷. Não nos dedicaremos ao seu estudo detalhado, cumprindo anotar apenas que, apesar de se assimilar ao

³⁶ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, vol. 4 t. 2. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 339

³⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 463

nosso consórcio, essa figura importada com ele não coincide, também por ser proveniente da prática internacional e, conseqüentemente, não ter nome equivalente na língua portuguesa, entre outras razões.

Por fim, observa-se que o consórcio, em diversos momentos, é utilizado como modalidade de cartelização de atividades setoriais, objetivando a criação de um monopólio coletivo para prática de condutas anticoncorrenciais. Essa prática, inclusive, é prevista pela Lei de Economia Popular, que dentre seus crimes, destaca o de “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, transportes ou comércio”, nos termos do § 3º de seu artigo 3º.

A cartelização, todavia, não será objeto de estudo do presente trabalho, visto que o mesmo há de se ater, no âmbito do direito da concorrência, apenas às estruturas (atos de concentração) e não às condutas (classificação na qual se encaixam os cartéis).

c) Breve consideração acerca de “ajustes societários” decorrentes de outros contratos interempresariais

Finalizando esse capítulo destinado à investigação societária dos atos de concentração, cabe apenas observar que estes podem se operar também por meio de contratos outros que não os tradicionalmente levantados.

Explica-se: além da famosa convenção de grupo e dos vastamente utilizados consórcios, podem as sociedades, por exemplo, se associarem (aqui no sentido mais amplo que esse termo possa ter) mediante outros contratos “reguladores de estruturas de controle e de harmonização de atividades econômicas integradas”.³⁸

³⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 459

Para tanto, sequer é necessário vínculo de participação entre as sociedades envolvidas. Exemplificando essa situação, Gonçalves Neto faz menção à ocasião em que “uma sociedade assume o comando das atividades das outras, como se dá entre uma produtora e suas fornecedoras de componentes ou de matérias primas para a colocação de seus produtos acabados no mercado”.³⁹

³⁹ Idem

3. A CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS: UMA ANÁLISE DE DIREITO CONCORRENCIAL

Encerrada a investigação concentracionista sob o prisma de direito societário, propõe-se, agora, o emprego da óptica do direito concorrencial ao mesmo fenômeno.

Partindo de premissas da Lei Maior, iniciamos esse capítulo com uma abordagem principiológica de institutos fundamentais à disciplina antitruste.

3.1 A ordem econômica da CF/88 e alguns de seus princípios

Em seu artigo 170, a Constituição Federal de 1988 cuidou de princípios basilares da ordem econômica brasileira. Para que possamos começar a tecer algumas considerações acerca de direito concorrencial, é imprescindível que analisemos alguns deles.

O primeiro enunciado que chama atenção trata da livre iniciativa, cuja solenidade em nosso ordenamento jurídico é tamanha a ponto de seu preceito não se destacar apenas como princípio atinente à ordem econômica (art. 170, § único da CF), mas também configurar verdadeiro fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CF).

Associada à liberdade econômica e também à liberdade empresarial dos agentes, a livre iniciativa se posiciona, ao lado da valorização do trabalho humano, como pilar da ordem econômica vigente, ordem que, por sua vez, almeja, precipuamente, “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, *caput*, CF).

Dessa disposição, depreende-se que a livre iniciativa não tem caracteres absolutos. Como bem observa Proença, ocorre “ [...] imposição de restrições de natureza pública ao exercício da liberdade empresarial, as quais visem à

realização dos valores ou finalidades superiores, igualmente expressos como mandamentos constitucionais.”⁴⁰

São essas restrições que dão margem às atividades do Estado destinadas a equilibrar a ordem econômica vigente. É exatamente nesse âmbito que surge outro pilar do regramento econômico brasileiro: o princípio da livre concorrência, “diretriz valorativa antagônica e ao mesmo tempo complementar (no esquema de interações e tensões) ao princípio da livre-iniciativa, em diplomas legais como a Lei Antitruste Brasileira, em uma de suas grandes finalidades”⁴¹.

O exame conjunto desses dois princípios revela que a livre concorrência é dotada de um caráter instrumental, funcionando como ponte para que a liberdade econômica encontre o bem da coletividade.

Forgioni vai ainda mais longe, afirmando que, na realidade, a instrumentalidade é característica de todos os princípios elencados no artigo 170 da CF. Instrumentalidade destinada, uma vez mais, ao bem da coletividade, expresso no *caput* do mesmo artigo.⁴²

A lucidez de tal assertiva é reforçada quando se tem em vista que, obviamente, nossa Lei Maior “persegue objetivos mais amplos e maiores do que, singelamente, o do livre mercado”⁴³. O interesse tutelado, assim, transcende o viés econômico, ganhando, também, e principalmente, contornos sociais.

Outro instituto importante nesse escopo é o princípio da defesa do consumidor, que chega a ser apontado, até mesmo, como objetivo do direito concorrencial, especialmente pela parte da doutrina filiada aos conceitos neoclássicos da chamada “escola de Chicago”.

Embora não desejemos adentrar em discussões extensas acerca das diversas teorias que explicam a concepção do direito antitruste (entre as mais famosas: a neoclássica de Chicago, a ordoliberal de Freiburg e a estruturalista

⁴⁰ PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração empresarial e o direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 3-4

⁴¹ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 53

⁴² FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.191

⁴³ Idem

de Harvard), abrimos um rápido parêntese para explicar a relação entre a defesa do consumidor e o aludido conceito neoclássico.

Fez-se menção a essa teoria porque seus defensores alegam que o direito antitruste deve adotar uma concepção unicamente ligada à eficiência, compreendida, em seu modo mais simples, como a maximização do bem estar do consumidor.⁴⁴

A importância da proteção consumerista prescinde de longa explicação. É importante, todavia, que façamos algumas observações complementares a esse respeito, valendo-se da compreensão de Domingues e Gaban.

Em primeiro lugar, ressalta-se que a tutela concorrencial relativa ao consumo difere daquela aventada pelo Código de Defesa Consumidor. Enquanto a segunda resguarda relações imediatas entre consumidor e fornecedor, a primeira busca gerar ganhos mediatos àquele sujeito, mediante o “binômio da eficiência econômica e da liberdade de escolha”.⁴⁵

Ainda segundo as ponderações dos renomados doutrinadores, é oportuno sublinhar que, apesar do conceito neoclássico não ter sido plenamente aplicado em nossa legislação, as autoridades concorrenciais brasileiras vem comungando do entendimento segundo o qual a análise antitruste deve ter a proteção do consumidor como um norte.⁴⁶

Uma vez mais, pois, o bem comum se mostra como finalidade dos princípios da nossa ordem econômica. Desse modo, finaliza-se nossa investigação principiológica sem se perder de vista que os demais preceitos do artigo 170 relevantes para o tema em comento, tais quais o da função social da propriedade, igualmente se revestem de contornos fulcrais de busca do bem coletivo, devendo ser interpretados todos em harmonia mútua.

⁴⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 18-24

⁴⁵ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 55-56

⁴⁶ Idem

É precisamente nesse contexto de harmonia principiológica e maximização do bem estar coletivo que se encaixa a nova legislação antitruste brasileira e seu respectivo controle de estruturas, foco do nosso próximo tópico.

3.2 O exame dos atos de concentração pelo CADE na Nova Lei Antitruste Brasileira

Datada do ano de 2011, a Nova Lei Antitruste Brasileira (Lei 12.529/2011) trouxe, entre suas principais novidades, um novo regime de análise de atos de concentração, que passaram a ser objeto de controle prévio ou preventivo por parte do CADE.

Como se sabe, a antiga Lei Antitruste (Lei 8.884/1994), em seu artigo 54, dispunha acerca de dois critérios que, quando preenchidos, acarretavam a necessidade de submissão do respectivo ato de concentração ao crivo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

O primeiro deles era o faturamento: operações que envolvessem pelo menos uma empresa ou grupo econômico cujo faturamento bruto no exercício anterior equivalesse a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) ou mais deveriam obrigatoriamente ser notificadas.

O segundo dizia respeito à participação de mercado relevante, imprimindo o dever de notificação a qualquer ato de concentração que implicasse domínio mínimo de 20% sobre o mercado relevante da operação.

A notificação, por sua vez, deveria ser apresentada no prazo máximo de 15 dias úteis contados a partir da realização do ato. Ou seja, o mecanismo era de controle posterior.

Nos parâmetros da Nova Lei, eliminou-se o critério da participação de mercado, persistindo apenas o relativo a faturamento. Dessa maneira, cuidou, inicialmente, o artigo 88 dos requisitos para apreciação do CADE em relação a estruturas, a saber:

“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).”

Da compreensão do artigo 88, extrai-se que é necessária a incidência cumulativa de seus incisos I e II para que o exame autárquico aconteça. Ainda sobre os critérios que ensejam a análise de estruturas, a doutrina elogia o aumento de sua objetividade com a supressão da participação de mercado. É o que preconiza Taufick:

“O art. 88 traz um dos pilares do novo antitruste brasileiro. A participação de mercado sai dos critérios de submissão por ser deveras subjetiva e imprecisa. Em seu lugar, seguindo as linhas mestras do *Sherman Act*, os critérios de subsunção passam a ser (i) o exercício de atividade econômica (*comercial enterprise*); (ii) a dimensão mínima de, ao menos, dois dos envolvidos na operação (*size-of-person*); e (iii) a transferência de ativos (*transfer of assets*) (art. 90).”⁴⁷

Outra disposição inteligente contida no artigo 88, em seu § 1º, foi a da possibilidade de adequação dos valores das operações mediante ato do Executivo, levado a cabo por indicação do plenário do CADE. Inteligente porque facilita a adaptação do diploma a inevitáveis alterações da realidade econômica em vigor.

A propósito, já houve adequação de valores, realizada por meio da portaria interministerial (da Fazenda e da Justiça) nº 994 de 30 de maio de 2012. Os novos montantes definidos passaram a ser, respectivamente para os incisos I e II, de R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) e R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais).

Sabendo que, dentre os propósitos da NLAB, sobressaía-se o de diminuir o número de operações submetidas ao crivo do CADE, uma das consequências

⁴⁷ TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 415

diretas da edição da referida portaria é a apreciação de um número ainda menor de atos de concentração.

No que tange ao prazo, a partir da data do protocolo da petição (ou de sua emenda) que submete o ato de concentração à sua análise, o CADE tem 240 dias para o julgamento do caso.

Consoante o § 9º do art. 88, tal prazo pode ser dilatado em duas hipóteses: a) por 60 dias improrrogáveis, se assim for requerido pelas partes; e b) por, no máximo, 90 dias, mediante decisão fundamentada da autoridade julgadora, o que costuma ocorrer em análises de alta complexidade.

A interrupção de prazo não é prevista pela NLAB. O que se tem, contudo, é uma possibilidade de suspensão em caso de diminuição do quórum do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, nos ditames do § 5º do artigo 6º.

Ainda na mesma disciplina, diga-se que eventual descumprimento de prazo pelas autoridades não enseja aprovação tácita do ato de concentração submetido, embora dê margem à responsabilidade daqueles que deram causa não fundamentada ao atraso.

No tocante às sanções por infrações à ordem econômica no controle de estruturas, a NLAB manteve a responsabilidade solidária entre todas as empresas participantes da operação, nos termos do art. 33.

As diferenças fundamentais em relação à lei antiga repousam na principal origem da multa (que antes advinha da intempestividade da notificação posterior e hoje provém da consumação da operação antes de decisão do CADE), no seu valor pecuniário (cujo limite aumentou de doze para sessenta milhões de reais) e nos efeitos impressos pela sanção à movimentação irregular havida (antes se falava em ineficácia, hoje se fala em nulidade), tudo nos termos do art. 88, § 3º, que ainda prevê a abertura de processo administrativo sancionador.

Essa questão da prática de atos de consumação antes da decisão da autarquia, correspondente ao conceito de *gun jumping*, configura, ao lado do chamado risco da operação (atinente à possibilidade da aprovação da operação

com restrições ou até mesmo de sua rejeição pelo CADE), preocupação fundamental dos agentes econômicos envolvidos nos atos de concentração.

Comum na prática de países que adotam o sistema de controle prévio de estruturas, o *gun jumping* tem relevância por se manifestar muitas vezes através de

“medidas irreversíveis, ou de difícil reversibilidade, como alocação de clientes, paralisação de *marketing* competitivo entre as partes, compartilhamento de informações sobre preços, capacidade de produção e estratégias comerciais [...]; ações que alterem os incentivos entre os players, como comercialização de produtos da empresa adquirida [...]; unificação do exercício de poder dentro das companhias, como deixar de realizar negócios e oferecer descontos em função da eventual operação [...]; compartilhar informações confidenciais (e. g., lista de clientes, preços, estratégias etc.) por razões diversas às perguntas de *due diligence* [...]”⁴⁸

Esse instituto, pois, deve ser objeto de muito cuidado por parte das empresas participantes, haja vista sua verificação dar margem às já aventadas sanções previstas no § 3º do artigo 88 do regramento concorrencial.

É precisamente por essa razão que o subsequente § 4º do mesmo artigo manda que sejam preservadas as condições de concorrência até que a palavra final seja dada pela entidade autárquica.

Buscando evitar o risco de *gun jumping*, Domingues e Gaban sugerem que, em casos tais, os agentes perguntem a si mesmo o seguinte: “o que vocêalaria ao seu concorrente, se não houvesse qualquer operação em andamento?”⁴⁹

Prosseguindo na leitura do artigo 88, encontra-se, no § 5º, a proibição de “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.” Essa regra, todavia, não é absoluta. O próprio § 5º, em seu trecho final, admite ressalvas que conferem aos mesmos atos proibidos possibilidades de autorização.

⁴⁸ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118

⁴⁹ Idem

Versadas pelo § 6º do artigo 88, consistem no atingimento, cumulado ou alternativo, dos seguintes objetivos: 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. Finalmente, para que sejam preenchidas por completo as ressalvas garantidas, é necessário que os objetivos elencados propiciem benesses relevantes aos consumidores.

A interpretação conjunta dos aludidos §§ 5º e 6º evidencia um traço importante do novo diploma concorrencial brasileiro, que já estava presente na antiga lei antitruste: a prevalência da regra da razão sobre a regra *per se* (que não é aplicada em nossa legislação).

Isso porque a regra *per se* assume que, diante da prática de certo comportamento ilícito ou proibido pela ordem econômica vigente (e aqui se fala em comportamento no sentido amplo, englobando tanto estruturas quanto condutas), decorre restrição à concorrência que automaticamente deve ser coibida, sem que se necessite de abordagem aprofundada.

A regra da razão, de maneira distinta, prega que, diante da prática de certa ilicitude econômica que causa restrição à livre concorrência, é necessária uma análise de razoabilidade antes de se decidir por sua coibição.

Essa análise deve levar em conta, sobretudo, as eficiências advindas do comportamento proibido. Por fim, se o balanço, no âmbito finalístico da ordem econômica, ou seja, no âmbito da maximização do bem estar coletivo, revelar que as vantagens econômicas e sociais daquela prática, inicialmente irregular, são mais significativas que os prejuízos concorrenciais dela consequentes, o comportamento passa a ser aceito pelo ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, extrai-se da lição de Andrade:

“A preocupação com o controle justifica-se porque as concentrações podem gerar efeitos não apenas positivos, mas também negativos, e, além disso, porque podem levar ao comprometimento do normal funcionamento do mercado, e ainda resultar na concentração do poder econômico nas mãos de poucos agentes. De fato, uma situação dessa espécie pode vir a comprometer o jogo da concorrência, deixando de existir uma “pressão concorrencial” no mercado, em prejuízo do sistema de liberdade econômica ou da livre concorrência. Nesta dualidade de efeitos é que se encontra o cerne do problema das concentrações de empresas. A mensuração desses efeitos sobre o

bem-estar econômico e a estrutura concorrencial dos mercados somente poderá ser verificada após uma análise específica.”⁵⁰

O primado da razão no direito antitruste brasileiro apresenta-se, destarte, como uma técnica de flexibilização do texto normativo, de modo a adequá-lo à realidade econômica e social vigente. Nos dizeres de Forgioni, “é necessário, então, que a Lei Antitruste contenha meios técnicos que permitam à realidade permear o processo de interpretação/aplicação das normas nela contidas. A estes meios técnicos denominamos ‘válvulas de escape’.”⁵¹

Abordando a relação entre os §§ 5º e 6º do artigo 88, prossegue Forgioni no mesmo tom:

“Contudo, mesmo trazendo prejuízos à concorrência, ou implicando conquista ou reforço de posição dominante, ou mesmo domínio de mercado, as práticas concentracionistas podem ser realizadas, desde que os benefícios trazidos superem os prejuízos concorrenciais. Para tanto, é preciso que a concentração seja autorizada pelo CADE, nos termos do art. 88 da Lei Antitruste.

O CADE efetuará juízo de ponderação: considerará prejuízos concorrências causados pela operação, mas também suas eficiências, ou seja, os aspectos positivos para a economia e a para a sociedade em geral.”⁵²

Para fechar a análise do artigo 88 da NLAB, faz-se breve nota sobre os §§ 7º e 8º.

O § 7º autoriza o CADE a requerer a submissão de atos de concentração não enquadrados nos requisitos tradicionais da análise de estruturas, respeitando-se o prazo máximo de 1 ano contado a partir da data de consumação da operação.

O § 8º, por fim, fazendo menção a mudanças de controle acionário e fusões em específico, determina à Comissão de Valores Mobiliários e ao Departamento Nacional do Registro do Comércio o dever de comunicar o CADE, em até 5 dias úteis, acerca de tais movimentações, para que este, sendo o caso, as examine.

⁵⁰ ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de concentrações de empresas*. São Paulo: Singular, 2002, p. 36

⁵¹ FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 202

⁵² FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.417

Servindo também ao propósito de definir as operações a serem analisadas, trouxe o artigo 90 da NLAB uma delimitação normativa acerca dos atos de concentração.

“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.”

As considerações acerca das modalidades concentracionistas descritas já foram feitas no capítulo anterior, sendo desnecessário que as repitamos.

Faz-se oportuno, contudo, salientar a interessante novidade trazida pelo parágrafo único colacionado, que isenta do controle estrutural contratos associativos, consórcios ou *joint ventures* interempresariais cuja formação se destina a licitações empreendidas pela administração pública.

Em relação à deliberação final emanada dos atos de concentração julgados pelo CADE, é fundamental que se comente a regra do artigo 91 da NLAB, que determina a revisão da aprovação “se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados.”

Esse rol é taxativo, sendo que a incidência de qualquer uma de suas hipóteses “será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), a ser aplicada na forma das normas do Cade, sem prejuízo da abertura

de processo administrativo, nos termos do art. 67 desta Lei, e da adoção das demais medidas cabíveis.”

Por fim, associando os preceitos dos artigos 88 e 90 estudados, conclui-se, valendo-se da dicção de Forgioni, que, “para determinar a necessidade de submissão ao CADE da operação, deve-se, inicialmente, verificar se se trata de operação expressamente mencionada no *caput* do art. 88. Sendo positiva a resposta, é ainda necessário verificar se o negócio alcança os patamares postos pelo art. 90.”⁵³

Desse modo, preenchidos os requisitos descritos, submete-se ao CADE o ato de concentração planejado, cuja apreciação passa a ser regida, nos termos do art. 89 da NLAB, pelos procedimentos estabelecidos no Capítulo II do Título VI do mesmo diploma.

Tendo em vista, porém, que o presente trabalho não se destina à investigação procedimental da análise de estruturas, prossegue-se em direção ao estudo de alguns dos principais métodos empreendidos no exame dos atos de concentração.

3.3 A análise antitruste

Detalhamos, a seguir, o desenrolar da análise dos atos de concentração submetidos ao crivo do CADE, com destaque para as etapas e os critérios empregados.

3.3.1 Mercado Relevante

⁵³ FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.418

A primeira etapa da análise antitruste é a delimitação do mercado relevante, que, nas palavras de Forgioni, vem a ser “aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”⁵⁴.

Citando Nusdeo, Domingues e Gaban ensinam que essa delimitação, por sua vez, é norteadada por duas perspectivas principais, a saber:

“(i) a do produto, material ou substancial, considerando que cada bem ou serviço concorre apenas com produtos com os quais guardem alguma similaridade e pelos quais possam ser substituídos, ou seja, universo em que se observe o fenômeno da substitutibilidade, seja pelo lado da oferta como pelo lado da demanda; e

(ii) a geográfica, porque apenas podem concorrer produtos dentro de um espaço geográfico nos limites do qual a atividade da oferta seja economicamente vantajosa e ao qual tenham acesso os mesmos consumidores ou clientes.”⁵⁵

Assim, a demarcação do mercado relevante se dá nos termos descritos para demonstrar, em primeiro lugar, a possibilidade lógica do exercício abusivo de poder de mercado⁵⁶.

Uma vez constatada essa possibilidade e conhecidos os limites materiais e geográficos do cenário de concorrência, são conduzidos alguns testes teóricos.

Esses testes partem, por exemplo, de uma situação hipotética em que uma empresa detentora do monopólio da oferta de determinado produto no mercado considerado promove um “aumento significativo e não transitório” de preços.

Diante dessa ocorrência, observa-se em que medida e em que direção os consumidores podem desviar a demanda daquele produto em específico, substituindo-o.

Verifica-se também a possibilidade de outras empresas, advindas de mercados diferentes, entrarem naquele mercado em específico para competirem com a detentora do monopólio hipotético.

⁵⁴ FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 231

⁵⁵ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 94

⁵⁶ PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração empresarial e o direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 117

As respostas obtidas nesse exercício, denominado teste do monopolista hipotético, são essenciais para que a autoridade antitruste trace considerações importantes acerca do cenário analisado.

Embora o fator “substituição”, tanto do lado da oferta quanto do da demanda, seja de crucial importância para determinar a resposta de consumidores e empresas, há outros pontos dignos de atenção.

Também “a avaliação dos hábitos de consumo e [...] das características da oferta, como apelos publicitários, público-alvo, peculiaridades dos locais da oferta e locais do consumo, podem ser muito úteis à definição do mercado relevante.”⁵⁷

Desse modo, uma vez identificado o mercado relevante no qual se realizará a operação concentracionista analisada, prossegue-se à análise do poder de mercado dos agentes envolvidos.

3.3.2 Poder de mercado e probabilidade de seu exercício

Nos termos do art. 36, § 2º da nova lei antitruste brasileira, “presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.”

Aliando esse dispositivo àquilo que foi dito no tópico anterior, tem-se como passo subsequente à delimitação do mercado relevante a apuração do *market share* de cada agente econômico envolvido na operação investigada.

Dessa maneira, evidenciando-se o patamar mínimo de 20% de participação, incide presunção relativa de existência de posição dominante por parte do referido agente naquele mercado.

⁵⁷ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 94

Embora esse percentual específico não seja o único fator necessário à configuração de posição dominante, a presunção operada acarreta o início da apuração, pelas autoridades, daquela posição de poder no cenário mercadológico delimitado.

Vale dizer também que o critério da presunção definida pode ser flexibilizado, em atenção à diversidade de características de cada mercado em especial. Ou seja, ele pode ser adaptado caso se verifique a existência de uma configuração econômica na qual certa empresa possa exercer dominância sem necessariamente deter 20% de parcela de mercado.

Essa flexibilização, todavia, por ser exceção à regra de presunção legal, deve ser amparada por fortes instrumentos probatórios, uma vez que se traduz como “restrição à liberdade de iniciativa do agente econômico cuja prática ou operação empresarial seja avaliada e não seja aceita pela autoridade antitruste.”⁵⁸

Nesse momento específico, sublinhe-se que, não sendo verificada a detenção de fatia significativa de mercado pelos agentes envolvidos (respeitadas as peculiaridades mercadológicas específicas), a operação submetida ao crivo do CADE recebe parecer favorável à aprovação.

Retornando à questão do famigerado percentual mínimo de 20% de *market share*, já foi dito que o mesmo não configura, isoladamente, viabilidade de posição dominante.

Todavia, quando ele se manifesta, e a seu lado aparecem as chamadas “barreiras à entrada” (fatores que desestimulam o ingresso de potenciais concorrentes eficientes naquele mercado) bem como (ou, alternativamente) a “dificuldade ou impossibilidade de substituição” (relativa à falta de opção de ofertas distintas ao consumidor, quando verificado “aumento significativo e não transitório” de preços por parte do agente dominante), tem-se rigorosamente aumentada a probabilidade de exercício de poder de mercado.

⁵⁸ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99

Ainda em relação à probabilidade, o último instituto a ser analisado é o da rivalidade já existente no mercado definido. Questiona-se, aqui, se os concorrentes já inseridos naquele cenário são capazes de melhorar aspectos de suas respectivas ofertas de modo que se habilitem a competir com o “aumento significativo e não transitório” de preços promovido pelo agente dominante. Se a resposta é negativa, a chance dispara ainda mais.

Encerrando esse ponto de nosso estudo, infere-se que, caso os mencionados fatores intimamente ligados à viabilidade do exercício de posição dominante (notadamente, percentual mínimo de 20% de *market share*, existência de barreiras à entrada, dificuldade ou impossibilidade de substituição e ausência de concorrentes capazes de rivalizar economicamente com o agente dominante, entre outros) estejam preenchidos, a probabilidade de ocorrência desse exercício é altíssima, situação em que a operação submetida ainda não poderá ser aprovada, passando-se à última fase de análise.

De modo oposto, caso a apuração dos fatores descritos revele baixa probabilidade, o ato há de ser autorizado pelo CADE.

3.3.3 A análise de eficiências

Na hipótese do ato submetido chegar até aqui, o aspecto a ser analisado diz respeito às virtuais eficiências que podem advir da operação.

Domingues e Gaban, utilizando os preceitos do “Guia para análise econômica para atos de concentração horizontal”, afirmam que a eficiência econômica é “o ganho de bem-estar econômico decorrente do ato de concentração empresarial que, de outro modo, não poderia ser gerado à sociedade”.⁵⁹

⁵⁹ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 104-105

Na nova lei concorrencial, elas são regidas pelo § 6º do artigo 88, que já foi por nós comentado anteriormente, em momento que falávamos também da aplicação da regra da razão em nosso ordenamento jurídico.

De maneira distinta, agora em sede de análise específica de operações, a observação que se faz acerca da eficiência concerne justamente à dificuldade de sua comprovação, que só se dá mediante sólida fundamentação.

Para que se agarre a última oportunidade de se conseguir a chancela do CADE, deve-se demonstrar também que as vantagens decorrentes terão contornos equitativos, ou seja, benesses tanto para as empresas interessadas quanto, principalmente, para os consumidores.

A aprovação do ato de concentração nessa fase, portanto, só se dá quando comprovado que as eficiências, no âmbito da maximização do bem estar coletivo, são mais significativas que os prejuízos concorrenciais causados pela operação.

A concessão de parecer favorável, todavia, é raríssima, sequer havendo registro de decisão nesse sentido.

Finda essa etapa, encerra-se a análise concorrencial dos atos de concentração, concluindo-se também esse capítulo a ela destinado.

4. ALGUNS CASOS PRÁTICOS

Encerrando esse trabalho, procedemos à análise de casos concretos de controle de estruturas julgados pelo CADE. Note-se que, muito embora a lei tenha mudado, em 2011, inovando sobretudo na adoção do regime prévio de exame de atos de concentração, muitos institutos e conceitos empregados não se alteraram.

Não se pretende aqui esgotar as informações de cada ato analisado, mas apenas sublinhar alguns conceitos neles evidenciados que se aplicam àquilo que explanamos durante o curso dessa monografia.

4.1 O caso Nestlé – Garoto

Ocorrida em 2002, a aquisição de ações da “Chocolates Garoto S/A” (Garoto) pela Nestlé Brasil Ltda. (Nestlé) foi, sem dúvidas, um dos casos mais marcantes para a análise antitruste recente no Brasil.

Caracterizando um modelo de concentração horizontal (em que a operação se realiza entre dois concorrentes no mesmo nível produtivo, qual seja o da produção de chocolates, no caso), o negócio traduz-se, de acordo com o que tratamos em nosso segundo capítulo, em uma modalidade de ajuste societário de ligação decorrente de participação acionária, visto que a empreitada da Nestlé visava à aquisição do poder de controle da Garoto.

Nascia assim, um vínculo de subordinação desta em relação àquela, caracterizando verdadeiro regime de sociedades controladoras e controladas.

A operação, todavia, por representar parcela significativa de mercado, logo chamou a atenção das autoridades, que, de pronto, firmaram, nos ditames da antiga lei antitruste, um Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO) com a Garoto, de modo que a empresa conservasse condições operacionais que lhe permitissem continuar a atuar no mercado, da

maneira que se encontrava antes da realização do negócio, em caso de parecer desfavorável ao ato concentracionário.

Segundo analistas da época, a celebração do APRO já demonstrava ser um sinal de alerta do risco da não aprovação, antes mesmo do julgamento definitivo.

A Garoto justificava a operação afirmando haver “necessidade crescente de escala operacional, recursos financeiros e capacidade de gerenciamento” para que sua competitividade fosse incrementada, tanto nacional quanto internacionalmente.

A Nestlé, por seu turno, afirmava que a operação almejava o desenvolvimento de seus negócios, para que a demanda brasileira fosse melhor atendida.

Concretizada a operação e iniciado o controle posterior, a Garoto apresentou pesquisa alegando que o nível de concentração do mercado brasileiro de chocolates residiria no montante de 37%, listando uma série de fatores que, segundo ela, inviabilizariam o exercício de poder de mercado, como por exemplo:

a) a alta rivalidade havida no mercado de chocolates, do qual participavam agentes que facilmente seriam capazes de parear condições de oferta mesmo na hipótese da aquisição ocorrida implicar em um alto *market share*, posto que algumas dessas concorrentes seriam líderes de mercado. A Garoto falava especificamente da Mars, da Hershey's, da Ferrero, da Arcor e da Kraft (detentora da marca Lacta, então líder no segmento brasileiro);

b) a não existência de barreiras à entrada significantes o bastante para desestimular a entrada de novos concorrentes, destacando o ingresso bem sucedido de Hershey's, Parmalat e Ferrero no mercado brasileiro;

c) o fato de produtos importados representarem parcela significativa de mercado, em torno de 10%.

A primeira empresa a se insurgir contra o negócio foi a Cadbury Stani do Brasil Produtos Alimentícios Ltda, argumentando que o negócio traria prejuízos

irreversíveis à livre concorrência, criando, por exemplo, barreiras à entrada de outras empresas naquele setor.

Combateu ,ainda, a informação da Garoto segundo a qual os bens importados consistiam parcela relevante de mercado. Sustentou, de modo oposto, que tais importações não eram viáveis em termos de competição, em virtude, entre outras razões, dos altos custos de aduana e de transporte brasileiros.

A Cadbury aventou também que o preço pago pela Nestlé na aquisição era exageradamente superior ao que a prática do mercado revelava para aquela operação. Munida desse dado, alegou que esse preço exacerbado somente fora pago por que a Nestlé teria noção de que o retorno financeiro superaria todas as suas expectativas, possibilitando à adquirente influência fundamental tanto na própria sua política de preços quanto na política da Garoto.

Posteriormente, foi a vez da Kraft Foods manifestar seu desacordo, justificado, na sua visão, porque o negócio realizado possibilitaria à Nestlé a prática de estratégias comerciais anticompetitivas, haja vista a expressiva posição dominante advinda da operação, relativa a 52,21% do mercado de chocolates, nos cálculos da Kraft.

De modo semelhante ao que fez a Cadbury, sustentou que as importações seriam inexpressivas, devido, por exemplo, a barreiras associadas à montagem de rede de distribuição e fixação de marcas.

Pugnou ainda pela insuficiência da rivalidade existente no mercado, que não seria suficiente para conter o exercício de poder.

Na análise do caso, as autoridades observaram eficiências como “redução de custos pelo encerramento de estabelecimentos, ganhos com a redução de despesas de locação, redução de custos da embalagem [...], ganhos pela otimização da distribuição [...]”⁶⁰, entre outros.

Confrontando os argumentos das envolvidas e as alegações das partes contrárias, houve por bem o CADE decidir pelo veto da operação, sob o

60

fundamento de que não se vislumbravam mecanismos aptos a diminuir os efeitos nocivos da concentração, bem como que a redução dos custos variáveis não era o bastante para superar os prejuízos concorrenciais havidos.

4.2 O caso AmBev

A operação de fusão realizada, em 1999, entre a Companhia Antarctica Paulista Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos (Antarctica) e a Companhia Cervejaria Brahma (Brahma) originou a Companhia de Bebidas das Américas (AmBev).

Inserida na modalidade de junção completa, a fusão ocorrida representou um processo de concentração horizontal, uma vez mais aquela verificada entre concorrentes no mesmo nível produtivo; no dado caso, o mercado de cervejas.

Aqui, o argumento principal das empresas envolvidas era o fortalecimento de ambas as cervejarias nacionais, visando a combater eventual assédio de investidores externos.

A operação descrita despertou relevante preocupação do mercado por conta das empresas envolvidas deterem juntas, à época, mais de 75% de *market share* no mercado de cervejas.

Concorrente direta, a Cervejaria Kaiser apresentou cálculos que previam milhares de demissões nas duas empresas.

Em um primeiro momento, em sede de parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico, recomendou-se a venda da marca mais consumida entre todas envolvidas na operação, a Skol, sob o fundamento de que isso diminuiria o nível de concentração do mercado, impedindo o aumento imediato das dimensões da nova empresa, o que preveniria prejuízos à concorrência.

A Secretaria de Direito Econômico, por seu turno, manifestou-se pela venda de uma das três marcas seguintes: Brahma, Skol ou Antarctica, não por

coincidência, as três maiores da operação. Propôs também a venda de duas fábricas dos agentes, em Manaus e em Cuiabá.

Diante da rejeição, pela AmBev, de ambos os pareceres, haja vista a eliminação dos ganhos advindos da fusão em casos tais, o caso foi entregue ao CADE, que aprovou o ato, mas impôs restrições, tais como

a) venda da marca Bavaria a um comprador que não poderia ter participação superior a 5% no mercado de cerveja;

b) venda de cinco fábricas da Antarctica e da Brahma; e

c) compartilhamento, por parte da AmBev, durante 4 anos, da sua respectiva rede de distribuição com 5 pequenas empresas, uma em cada região brasileira.

A venda da Bavaria traduziu-se numa tentativa de abrir espaço para ingresso de um novo competidor no mercado. Todavia, eram facilmente perceptíveis as barreiras à entrada naquele mercado, decorrentes, sobretudo, dos altos custos de distribuição e sua pulverização.

A fusão ocorrida importou, à época, no nascimento da maior cervejaria da América Latina e a terceira maior do mundo em produção, vale dizer.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos constantes desenvolvimento e aprimoramento da economia mundial no cenário globalizado, é natural que as condições de competitividade dentro dos mercados sejam cada dia mais vorazes, exigindo dos agentes soluções diversas para sua sobrevivência.

É esse o contexto que explica a longa lista de figuras societárias que se constituem buscando as vantagens da concentração empresarial, conforme se viu no capítulo 2.

Aliando as figuras descritas às disposições da nova lei antitruste brasileira, tem-se a incidência, nos casos previstos pelos arts. 88 e 90, do controle de estruturas, realizado preventivamente (controle este que é o ponto de intersecção dos aspectos societário e concorrencial do fenômeno concentracionista investigado).

No que se refere à natureza prévia desse controle, é elogiável a postura da NLAB, posto que os critérios para a análise antitruste passaram a ser mais objetivos (com a exclusão do requisito de participação de mercado, por exemplo) e inteligentes (diminui-se, em certa medida, o alto risco de consumação irreversível da operação antes do pronunciamento final do CADE, fato mais comum antigamente) em relação à lei antiga.

Portanto, para que se responda o questionamento elaborado no início do trabalho – a respeito do momento em que o ato de concentração passa a atentar contra a concorrência, é necessário que se atente às peculiaridades da análise antitruste (basicamente, o mercado relevante, a probabilidade de exercício de poder de mercado e a análise de eficiências), sem que se olvide do objetivo precípua da ordem econômica brasileira, precisamente a maximização do bem estar da coletividade.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de concentrações de empresas*. São Paulo: Singular, 2002

BAPTISTA, Luiz Olavo. Concentração de empresas. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo, nº 9, p. 183-201, 1979

BULGARELLI, Waldirio. *A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade*. 1984. 466 f. Tese (Provimento de cargo de Professor Titular de Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 1984.

BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de empresas e direito antitruste*. São Paulo: Atlas, 1997

BULGARELLI, Waldirio. *Direito comercial, vol.1*. São Paulo: Atlas, 1979

BULGARELLI, Waldirio. *Manual das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Atlas, 1996

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1998

COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: RT, 1970

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012

FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Manual de direito comercial, vol. 1*. São Paulo: RT, 2004

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Manual de direito comercial, vol. 2*. São Paulo: RT, 2004

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

PRADO, Viviane Muller. Grupos societários: análise do modelo da lei 6.404/1976. *Revista Direito GV*. São Paulo, nº 2, p. 5-28, 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9651/Viviane%20Muller%20Prado.pdf?sequence=1>, acesso em 04 set 2013

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

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2007

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

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2012

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2008

<<http://www5.fgv.br/ctae/publicacoes/Ning/Publicacoes/00Artigos/JogoDeEmpresas/Karoshi/glossario/ZAIBATSU.html>> Acesso: 13 de agosto de 2013