

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RODRIGO MARTINS DE OLIVEIRA SILVA PINTO

**OS GRUPOS DE SOCIEDADES NO DIREITO ANTITRUSTE:
UM ESTUDO DAS CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS**

**CURITIBA
2010**

RODRIGO MARTINS DE OLIVEIRA SILVA PINTO

**OS GRUPOS DE SOCIEDADES NO DIREITO ANTITRUSTE:
UM ESTUDO DAS CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito,
da Faculdade de Direito, Setor de Ciências
jurídicas da Universidade Federal do Paraná,
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edson Isfer

**CURITIBA
2010**

TERMO DE APROVAÇÃO

RODRIGO MARTINS DE OLIVEIRA SILVA PINTO

OS GRUPOS DE SOCIEDADES NO DIREITO ANTITRUSTE: UM ESTUDO DAS CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Edson Isfer
Departamento de Direito Privado, UFPR

Prof. Dr. Alexandre Ditzel Faraco
Departamento de Direito Público, UFPR

Prof. Me. Carlos Eduardo Manfredini Hapner
Departamento de Direito Privado, UFPR

Curitiba, 09 de novembro de 2010.

Dedicatória

Dedico este trabalho ao meu avô, Cândido, cujos passos me orgulho em seguir.

Agradecimentos

Ao professor e orientador Dr. Edson Isfer, pela atenção e incentivo.

À minha família, pelo carinho e dedicação incondicionais.

Aos meus amigos e colegas que colaboraram com a minha formação.

À Lisa, pela paciência e compreensão.

RESUMO

Esta monografia tem por objeto de estudo a disciplina das concentrações entre agentes econômicos pela Lei nº 8.884/94 e sua aplicação aos grupos de sociedades. A concentração empresarial é o resultado natural e necessário da evolução do modelo de mercado capitalista numa economia globalizada. Acompanhando essa evolução, o grupo de sociedades se propaga como forma de concentração através da união de sociedades distintas em torno de uma única empresa, originária de uma estrutura capaz de permitir o controle de um capital muito superior ao efetivamente detido pelo controlador. A disciplina legal societária brasileira concebe esse fenômeno de maneira excessivamente restrita e incapaz de reconhecer suas diversas manifestações, o que obriga o direito da concorrência a adotar uma configuração própria, na tentativa de melhor adequar-se à realidade. O direito antitruste classifica as concentrações em horizontais, verticais e conglomeradas, as quais produzem distintos efeitos no mercado. De modo geral, a concentração econômica é apta a gerar benefícios ao consumidor e ao desenvolvimento da tecnologia e da economia nacionais. Entretanto, ela pode ocasionar a elevação ou a concentração do poder econômico no mercado, dificultando ou impedindo a competição entre os agentes, situação capaz de levar ao resultado oposto. Por isso, cabe aos órgãos de proteção da concorrência, por intermédio da sistemática da Lei nº 8.884/94, a análise da legalidade dessas operações, numa atividade preventiva contra as infrações à ordem concorrencial. Para cumprir com o objetivo deste trabalho, desempenharemos, primeiramente, um estudo estrutural do instituto dos grupos de sociedades. Em seguida, ocupar-nos-emos do tratamento das concentrações econômicas no sistema antitruste brasileiro. Ao final, faremos uma análise dos grupos societários sob a perspectiva do direito concorrencial, para justificar a importância e a necessidade do controle de sua formação pelas autoridades antitruste.

Palavras-chave: Grupo. Sociedade. Empresa. Convenção. Independência. Personalidade jurídica. Poder. Controle. Unidade. Coordenação. Subordinação. Sociedade de propósito específico. Holding. Consórcio. Joint venture. Redes contratuais. Acordos. Concorrência. Antitruste. Mercado. Concentração. Conglomerados. Responsabilidade.

ABSTRACT

This monograph's purpose is to study the discipline of the concentrations between economic agents by Law No. 8.884/94 and its application to corporate groups. The business combination is the natural and necessary evolution of the capitalist market model in a globalized economy. Following this evolution, the group of companies spreads as a form of concentration through the union of distinct companies around a single undertaking, originated from a structure capable of permitting the control of a much higher capital than the actually held by the controller. The Brazilian corporate legal discipline conceives this phenomenon in an excessively restrictive manner that fails to recognize its various manifestations, which obliges the antitrust law to adopt its own configuration, in an attempt to better fit to the reality. The antitrust law classifies concentrations in horizontal, vertical and conglomerate, which produce distinct effects on the market. In general, the economic concentration is able to generate benefits to consumers and to the development of nationals' technology and economy. However, it can lead to the increase or the concentration of economic power in the market, hampering or preventing competition among agents, a situation that can lead to the opposite results. Therefore, it is for Competition Protection Agencies, through the systematic of Law No. 8884/94, to examine the legality of such operations, in a preventive activity against violations of the competitive order.

To meet the objective of this work, we will first make a structural study of the institution of corporate groups. Afterwards, we will describe the regulation of economic concentrations in the Brazilian antitrust system. Finally, we will make an analysis of corporate groups from the perspective of competition law, to justify the importance and necessity of its formation's control by the antitrust authorities.

Keywords: Group. Company. Undertaking. Agreement. Independence. Personality. Power. Control. Unity. Coordination. Subordination. Special purpose company. Holding. Consortium. Joint venture. Contractual networks. Agreements. Competition. Antitrust. Market. Concentration. Conglomerates. Responsibility.

RÉSUMÉ

Le but de cette monographie est d'étudier la discipline des concentrations entre les agents économiques par la Loi n°8.884/94 et son application à des groupes de sociétés.

La concentration d'entreprises est le résultat de l'évolution naturelle et nécessaire du modèle de marché capitaliste dans une économie mondialisée. Accompagnant cette évolution, le groupe de sociétés se répand comme une forme de concentration à travers de l'union des sociétés distinctes autour d'une seule entreprise, originaire d'une structure capable de permettre le contrôle d'un capital beaucoup plus élevé que celui effectivement détenu par le contrôleur. La discipline juridique sociétaire brésilienne conçoit ce phénomène de manière trop restrictive et incapable de ne reconnaître ses diverses manifestations, ce qui oblige le droit de la concurrence à adopter une configuration propre dans une tentative pour mieux s'adapter à la réalité. Le droit antitrust classe les concentrations en horizontales, verticales et conglomérats, qui produisent des effets distincts sur le marché. En général, la concentration économique est capable de générer des bénéfices aux consommateurs et au développement de la technologie et de l'économie nationales. Cependant, elle peut entraîner à l'augmentation ou à la concentration du pouvoir économique sur le marché, et donc entraver ou empêcher la compétition entre les agents, une situation capable de conduire au résultat opposé. Par conséquent, il est attribué aux organismes de protection de la concurrence, par la systématisation de la Loi n°8.884/94, l'analyse de la légalité de ces opérations, dans une activité de prévention contre les violations de l'ordre concurrentiel.

Pour atteindre l'objectif de ce travail, nous ferons, d'abord, une étude structurale de l'Institut des groupes de sociétés. Ensuite, nous aborderons le traitement des concentrations économiques dans le système brésilien de la concurrence. Enfin, nous ferons une analyse des groupes de sociétés dans la perspective du droit de la concurrence, pour justifier l'importance et la nécessité du contrôle de sa constitution par les autorités antitrust.

Mots-clés: Groupe. Société. Entreprise. Convention. Indépendance. Personnalité juridique. Pouvoir. Contrôle. Unité. Coordination. Subordination. Société à finalité spéciale. Holding. Consortium. Joint venture. Réseaux contractuels. Accords. Concurrence. Antitrust. Marché. Concentration. Conglomérats. Responsabilité.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
PARTE I – DIREITO SOCIETÁRIO	12
1 OS GRUPOS DE SOCIEDADES	12
1.1 A EVOLUÇÃO DAS FORMAS DE ORGANIZAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL: DA EMPRESA INDIVIDUAL À EMPRESA PLURISSOCIETÁRIA	12
1.2 CONCEITOS DE GRUPO DE SOCIEDADES	16
1.3 PRESSUPOSTOS DE EXISTÊNCIA DOS GRUPOS DE SOCIEDADES	20
1.3.1 Convenção de grupo	20
1.3.2 Independência jurídica	22
1.3.3 Direção econômica unitária	23
1.3.4 Poder de controle	25
1.4 CLASSIFICAÇÕES	28
1.4.1 Grupos de fato e grupos de direito	28
1.4.2 Grupos de coordenação e de subordinação	31
2 FIGURAS AFINS	33
2.1 FIGURAS SOCIETÁRIAS	33
2.1.1 Sociedade de Propósito Específico	33
2.1.2 Sociedade holding	35
2.2 FIGURAS ORGANIZACIONAIS	36
2.1.1 Consórcio de empresas	36
2.1.2 <i>Joint Venture</i>	38
2.1.3 Redes Contratuais	39
2.1.4 Acordos de empresas	43
PARTE II – DIREITO CONCORRENCIAL	45
3 O SISTEMA ANTITRUSTE BRASILEIRO	45
3.1 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA	45
3.2 INTERESSES PROTEGIDOS E CONCEITOS DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA	54
3.3 ESTRUTURA DA LEI Nº 8.884/1994	59
4 CONCENTRAÇÕES ENTRE AGENTES ECONÔMICOS	65
4.1 DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE	65
4.2 PODER ECONÔMICO E POSIÇÃO DOMINANTE	69
4.3 CONTROLE DAS CONCENTRAÇÕES	73
4.3.1 Espécies de concentrações e seus efeitos anticoncorrenciais	74
4.3.1.1 Concentrações horizontais	75
4.3.1.2 Concentrações verticais	76
4.3.1.3 Formação de conglomerados	77
4.3.2 Disciplina das concentrações na Lei nº 8.884/1994	79
PARTE III – DIREITO SOCIETÁRIO E DIREITO CONCORRENCIAL	88
5 RELAÇÃO ENTRE DIREITO SOCIETÁRIO E DIREITO CONCORRENCIAL	88
5.1 O INCENTIVO À CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA NO DIREITO SOCIETÁRIO BRASILEIRO	88
5.2 OS CONCEITOS DO DIREITO SOCIETÁRIO NA IDENTIFICAÇÃO DA CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA	90

6 OS GRUPOS DE SOCIEDADES NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA.....	94
6.1 NOÇÃO CONCORRENCIAL DE GRUPO SOCIETÁRIO.....	94
6.2 APLICABILIDADE DAS NORMAS CONCORRENCIAIS AOS GRUPOS SOCIETÁRIOS.....	96
6.3 CONSEQUÊNCIAS ANTICONCORRENCIAIS DA CONCENTRAÇÃO POR CONSTITUIÇÃO DE GRUPOS SOCIETÁRIOS	100
6.4 IMPORTÂNCIA DO CONTROLE ESTRUTURAL DA FORMAÇÃO DOS GRUPOS SOCIETÁRIOS	103
CONCLUSÃO	106
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	108
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS	113
LEGISLAÇÃO CONSULTADA.....	115

INTRODUÇÃO

A proposta deste estudo é fazer uma análise do grupo de sociedades sob a ótica do controle concorrencial das concentrações de empresas. O estudo dos grupos societários é fundamental para a compreensão da realidade empresarial contemporânea, vez que o fenômeno surge em resposta às demandas da atual economia globalizada. Eles representam, porém, o retrato de uma nova concepção de empresa que não foi acompanhada pelo direito societário. O direito concorrencial, ou antitruste,¹ por sua vez, assume a importante missão de garantir que a formação e o crescimento desses poderosos agentes econômicos ocorram de forma a não desequilibrar as relações de mercado.

O grupo societário é uma nova forma de organização empresarial que pretende conciliar o aparentemente inconciliável: a tensão entre a unidade econômica, estabelecida pela direção do grupo, e a pluralidade jurídica das sociedades que o compõem. O nosso modelo jurídico societário, por outro lado, permanece no paradigma da sociedade isolada, jurídica e economicamente autônoma, voltada a um interesse social próprio. Entra, em razão de sua defasagem, numa crise que afeta os demais ramos do direito que se utilizam de seus conceitos.

A crescente prática de atos de concentração entre empresas, tornada possível, em parte, pelo direito societário, demanda a implementação de uma defesa preventiva da concorrência, levada a cabo, no Brasil, por meio do controle (em regra) posterior dos atos de potenciais efeitos anticoncorrenciais. Dentre estes, costuma incluir-se a formação dos grupos societários, por serem operações que tendem a restringir o número de agentes no mercado e a elevar exponencialmente a concentração do poder econômico nas mãos daqueles que neles se integram.

O presente trabalho é dividido em três partes. Na primeira delas, faremos uma análise da evolução histórica do fenômeno da concentração econômica que levou ao surgimento dos grupos societários. Em seguida, partiremos para o estudo das

¹ Paula Forgioni ensina que o truste foi criado nos Estados Unidos da América para resolver a falta de estabilidade do cartel: os empresários transferiam o poder derivado das ações a um *trustee* em troca de um *trust certificate*, criando uma administração centralizada das empresas. O termo “antitruste” teria surgido para designar o movimento de combate aos trustes e demais práticas causadoras de distorções econômicas análogas que levou à promulgação do *Sherman Act*, em 1890, considerado por muitos a primeira lei antitruste. (FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008, p. 75-80).

definições doutrinárias dos grupos de sociedades, de suas características principais e de suas classificações, para, ao final, distingui-los de figuras de cooperação intersocietária afins.

Num segundo momento, estudaremos o desenvolvimento histórico do direito concorrencial e seu surgimento no Brasil, sua definição, os interesses por ele defendidos e a estrutura da atual lei antitruste brasileira, a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, focando a análise sobre o regime do controle estrutural das concentrações econômicas.²

Na terceira parte, após constatarmos o papel do direito societário brasileiro no movimento de concentração empresarial e as diferenças de nomenclatura decorrentes dos diferentes escopos perseguidos pelo direito societário e pelo direito concorrencial, trataremos da relação entre ambos em torno da noção de grupos de sociedades. Enfim, analisaremos a suscetibilidade dos grupos societários à incidência das normas concorrenciais e as potenciais consequências anticoncorrenciais decorrentes de sua formação, para culminar com a verificação da importância do adequado controle concorrencial das concentrações econômicas via constituição de grupos de sociedades.

² Embora os acordos entre empresas também possam ser considerados práticas de concentração econômica, visto que as vantagens por eles geradas aumentam o poder econômico das empresas que os praticam, este trabalho seguirá a concepção predominante, que emprega o termo “concentração” apenas para “as situações em que os partícipes (ou ao menos alguns deles) perdem sua autonomia (o que ocorre em operações de fusão, incorporação etc.) ou constituem uma nova sociedade ou grupo econômico.” (Cf. FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 464-465. No mesmo sentido, SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 267). Em razão da restrita extensão desta monografia, não abordaremos o tema dos acordos entre empresas, senão para distingui-los dos grupos societários por coordenação.

PARTE I – DIREITO SOCIETÁRIO

1 OS GRUPOS DE SOCIEDADES

1.1 A EVOLUÇÃO DAS FORMAS DE ORGANIZAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL: DA EMPRESA INDIVIDUAL À EMPRESA PLURISSOCIETÁRIA

O Direito Comercial é um ramo dinâmico, pois sempre busca acompanhar o desenvolvimento da realidade econômica e social, embora sem jamais alcançá-lo, moldando suas características de acordo com as respostas que encontra às exigências de cada época.³

Inicialmente, nos séculos que antecederam ao capitalismo industrial, a atividade produtiva era desenvolvida através da empresa individual, explorada pelo comerciante singular, num ambiente econômico em que concorriam agentes autônomos, em igualdade de condições, num mercado livre e transparente, com base no simples mecanismo de preços. Para regular este quadro, o fenômeno jurídico criou o direito dos comerciantes individuais, privativo da atividade desses agentes.⁴

Era o comerciante quem organizava o capital e o trabalho, assumindo integralmente os riscos de sua atividade econômica. O investimento era modesto, e o trabalho desempenhado pelo próprio comerciante, auxiliado pela família, num mercado local.⁵⁻⁶

O modelo societário atual, baseado no instituto da sociedade anônima, começou a formar-se no século XVI, com as companhias coloniais, mas a grande

³ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**: poder de controle e grupos de sociedades. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 51-52.

⁴ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002, p. 31-33.

⁵ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Obra citada, p.52.

⁶ Engrácia Antunes descreve a empresa dessa época como “uma entidade atomística, estática e fechada (...), sem dimensão suficiente para influenciar sensivelmente o jogo de mercado (‘price taker’), e desenvolvendo a sua actividade numa quase total independência relativamente aos demais agentes econômicos”. (Obra citada, p. 32).

transformação se deu apenas durante os séculos XVIII e XIX, no período da Revolução Industrial. Em razão da evolução tecnológica, os pequenos empreendimentos e os comerciantes individuais foram rapidamente substituídos pela produção em massa, desempenhada pela empresa societária, incompatível com o direito da empresa individual vigente até então.⁷

Em resposta, o ordenamento jurídico, ao longo de mais de um século, substituiu gradativamente o direito dos comerciantes pelo direito das sociedades comerciais.⁸

Com base nos institutos da personalidade jurídica e da responsabilidade limitada, tornou possível a transformação daquelas entidades coletivas em centros autônomos de imputação de direitos e obrigações, com estrutura organizacional, patrimônio e interesse (social) próprios e independentes, proporcionando-lhes a estabilidade e a durabilidade necessárias para transcender às pessoas dos sócios que as compõem.⁹ Generaliza-se, assim, a figura da “sociedade – pessoa jurídica individual de responsabilidade limitada, [como] arquétipo sobre o qual se edifica o modelo societário vigente”.¹⁰

George Ripert afirma que, dentre todos os demais, a sociedade por ações é o fenômeno de maior importância para a compreensão do regime capitalista.¹¹ De fato, conforme ensina Eduardo Secchi Munhoz, a sociedade anônima aparece como a técnica jurídica de organização da empresa “que fornece a estrutura necessária para atender às necessidades da economia industrial, como a mobilização de elevadas somas capital [sic], a limitação do risco do investidor, a estabilidade de organização e de planejamento.”¹²

Entretanto, a evolução do modo de produção capitalista “forjou uma nova realidade, que vem exigindo, cada vez mais, a superação do modelo da sociedade [...] pelo de uma nova estrutura, pautada no fenômeno da concentração

⁷ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**, p. 55-58.

⁸ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 37.

⁹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Obra citada, p. 64-68.

¹⁰ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Idem*, p. 84.

¹¹ RIPERT, George; MORALES, José Quero (Trad.). **Aspectos jurídicos del capitalismo moderno**. Granada: Comares, 2001, p. 42 e 111-113.

¹² MUNHOZ, Eduardo Secchi. Obra citada, p. 60.

empresarial”.¹³ Este fenômeno iniciou-se no século XIX e atingiu especial aceleração na segunda metade do século XX, com a globalização da economia.¹⁴

Engrácia Antunes lista diversas razões econômicas, políticas, sociais e tecnológicas que originaram o fenômeno concentracionista, como a integração dos mercados nacionais, o aumento do volume das transações econômicas, a eliminação das barreiras do comércio internacional, a harmonização do sistema financeiro internacional, a unificação de mercados regionais e a evolução social e tecnológica. Os operadores econômicos passaram a concorrer num mercado mundial único, de demanda global e mutável, que substituiu a concorrência pelo preço pela concorrência pela inovação.¹⁵

Esse quadro demanda grandes investimentos fixos, de forma a limitar o número de empresas no mercado,¹⁶ pois apenas a grande unidade empresarial de estrutura organizacional maleável é capaz de fazer frente à conseqüente exigência do mercado de investimentos maciços no desenvolvimento tecnológico e na flexibilização dos meios de produção.¹⁷ Nas palavras de Eduardo Secchi Munhoz, “por meio da concentração, procuram as empresas maior poder de mercado e maior rentabilidade, lutando por sua sobrevivência em um ambiente econômico cada vez mais exigente e seletivo”.¹⁸

O processo de concentração se realiza em duas fases.

A primeira fase, chamada de concentração primária, ocorre através do aumento do tamanho e do poder econômico das empresas individuais ou coletivas, e conseqüente diminuição dos seus números.¹⁹ Envolve operações que objetivam aumentar a acumulação interna de recursos patrimoniais e financeiros, buscando as vantagens da economia de escala (aumento da quantidade e diminuição do preço unitário dos produtos) e do aumento da capacidade competitiva. Segundo Engrácia Antunes, “por via de regra, esta concentração primária traduz-se na criação de

¹³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário**: sociedade anônima. 1. ed., v. 2. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 285.

¹⁴ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**, p. 85.

¹⁵ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 39.

¹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 70.

¹⁷ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Obra citada, p. 87.

¹⁸ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Idem*, p. 89.

¹⁹ CHAMPAUD, Claude. **Le pouvoir de concentration de la société par actions**. Paris: Sirey, 1962, p. 3.

unidades empresariais nas quais os respectivos elementos constitutivos perdem a sua individualidade originária, quer económica, quer jurídica”,²⁰ como acontece nas operações de fusão e de incorporação.

Entretanto, existe um ponto em que os malefícios do gigantismo começam a ameaçar os benefícios do poder económico.²¹

Nesse sentido, Engrácia Antunes aponta um triplo limite para a expansão interna da sociedade isolada, de ordem financeira, organizativa e legal. De início, não há como garantir indefinidamente os meios financeiros necessários à manutenção do processo de acumulação. Em segundo lugar, há um ponto em que o gigantismo gera sérios problemas de organização interna que impedem a gestão eficiente do todo económico. Por fim, o elevado poder económico dessas empresas levou o Estado a criar limites legais ao seu crescimento, principalmente através do direito da concorrência e do direito fiscal.²²

Começa, nesse momento, uma segunda fase concentracionista para a grande empresa, marcada pelo crescimento externo das sociedades, através da constituição de filiais, da aquisição do controle de outras sociedades e de acordos de colaboração com os concorrentes.²³ Essa concentração, dita secundária, caracteriza-se pela persistência da autonomia jurídica das empresas, apesar da sua integração como elementos económicos conformadores da base de uma organização mais vasta, cujos órgãos impõem ao conjunto uma direcção económica unitária.²⁴

Engrácia Antunes define a concentração secundária como:

caracterizada pela integração das empresas individuais em redes ou estruturas económico-organizacionais complexas no seio das quais, não obstante a perda da respectiva autonomia económica resultante de sua subordinação a uma direcção unitária externa, elas persistem como células dotadas de individualidade jurídica e patrimonial própria.²⁵

²⁰ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 49.

²¹ “*A partir d'un certain moment les méfaits du gigantisme risquent de stériliser les bienfaits de la puissance*”. (CHAMPAUD, Claude. **Le pouvoir de concentration de la société par actions**, p. 3).

²² ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. Obra citada, p. 41.

²³ Segundo Engrácia Antunes, o agrupamento é dito: horizontal, quando ocorre entre empresas que atuam no mesmo segmento do mercado; vertical, quando entre empresas que atuam em fases produtivas distintas de um mesmo segmento; e conglomerado, quando abrange países e produtos diversos. (*Idem*, p. 42).

²⁴ CHAMPAUD, Claude. Obra citada, p. 4.

²⁵ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. Obra citada, p.50.

Assim, como única estrutura organizativa apta a cumprir as exigências mercadológicas de diversificação (funcional e geográfica) e de flexibilização da organização jurídica e gerencial, a empresa plurissocietária toma o lugar da grande empresa isolada.²⁶ Seu instrumento jurídico é o grupo de sociedades, que “combina manutenção da personalidade jurídica e sujeição a uma direção econômica única, perseguindo-se não o interesse de cada ente jurídico, mas o interesse de todo o grupo, ou de uma sociedade dominante”.²⁷

Os dois instrumentos jurídicos que permitiram tal transformação foram a personalidade coletiva, que confere a autonomia patrimonial aos múltiplos centros de imputação de relações jurídicas; e a participação acionária intersocietária, que, por meio da “estrutural sobreposição de interesses sociais diversos”,²⁸ possibilitou a unidade de comando sobre esses patrimônios diversos. “Em suma, obteve-se o controle sem os ônus da propriedade, o poder sem o risco.”²⁹

No Brasil, o movimento concentracionista intensificou-se nas décadas de 60 e 70, incentivado pelo II Plano Nacional de Desenvolvimento, que faz “referência explícita à necessidade de fortalecimento da indústria nacional, através da formação de conglomerados para fazer frente à concorrência internacional”,³⁰ e pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que estabeleceu uma regulação favorável à concentração empresarial e aos grupos societários.³¹

1.2 CONCEITOS DE GRUPO DE SOCIEDADES

Os doutrinadores reconhecem a importância dos grupos de sociedades no movimento de concentração empresarial, mas não são unânimes quanto ao seu conceito, seus elementos definidores e suas modalidades. Segundo Claude Champaud, os grupos “são moléculas econômicas gigantes cujas estruturas são tão

²⁶ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 42.

²⁷ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**, p. 91-92.

²⁸ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Idem*, p. 107.

²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova lei de sociedades por ações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 23, p. 91-107, 1976, p. 92.

³⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**, p. 272.

³¹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Obra citada, p. 97.

diversas, tão originais, tão fecundas, tão complexas e tão dinâmicas que o jurista tem dificuldade para definir seus contornos.”³²

Anne Petitpierre-Sauvain alerta que a definição dos grupos de sociedades é uma questão delicada: enquanto a segurança jurídica exige critérios formais facilmente elidíveis, uma definição muito ampla poderia gerar uma insegurança jurídica excessiva.³³ É por isso que, ao conceituá-los, Engrácia Antunes apresenta as duas principais acepções acerca do termo “grupo de sociedades”.

A acepção estrita, à qual se filia, abrange “*todo o conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, conservando embora as respectivas personalidades jurídicas próprias e distintas, se encontram subordinadas a uma direcção económica unitária e comum*”.³⁴ Seus traços distintivos seriam, assim, a independência jurídica das sociedades-filhas agrupadas e a dependência econômica destas em relação ao poder de direção da sociedade-mãe.

Eduardo Secchi Munhoz filia-se à mesma acepção:

Para definir a relação jurídica de grupo é indispensável, portanto, a presença de uma centralização mínima da política administrativa das empresas associadas, que leve à perda de sua independência econômica. Somente, então, fica-se diante da unidade econômica na diversidade jurídica, característica fundamental dos grupos, da qual decorre sua relevância econômica e jurídica.³⁵

Já a acepção ampla baseia-se nos fenômenos do controle intersocietário e das relações de coligação entre sociedades. Seu objeto, segundo Engrácia Antunes, seria “o estudo e a disciplina da constituição, organização e funcionamento da sociedade enquanto entidade essencialmente dinâmica e ‘em relação’”. O Direito dos grupos de sociedades, por sua vez, seria “uma espécie de meta-direito das sociedades” ou um “direito das sociedades de segundo grau”. Por centrar-se no controle de sociedades por sociedades, esta concepção abrange desde a mera coligação intersocietária (como as simples participações entre sociedades),

³² Tradução livre. No original: “*ce sont des molécules économiques géantes dont les structures sont si diverses, si originales, si fécondes, si complexes et si mouvantes que le juriste a bien du mal à définir leurs contours.*” (CHAMPAUD, Claude. **Le pouvoir de concentration de la société par actions**, p. 302).

³³ PETITPIERRE-SAUVAIN, Anne. **Droit des sociétés et groupes de sociétés**: responsabilité de l'actionnaire dominant / retrait des actionnaires minoritaires. Geneva: Georg, 1972, p. 32-33.

³⁴ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 52. (grifos do autor).

³⁵ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**, p. 113.

passando pela relação de domínio, até as mais complexas manifestações do controle intersocietário (grupo em sentido estrito).³⁶

Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão também adotam a definição estrita, ao afirmarem que “a melhor doutrina considera a unidade de direção o único critério geral de identificação de todos os grupos econômicos”³⁷ (que entendem implicar na intercomunicação patrimonial). São da opinião, porém, de que o grupo de sociedades, seria, em si, uma sociedade, pois reuniria “os três elementos fundamentais de toda relação societária – a saber, a contribuição individual com esforços ou recursos, a atividade para lograr fins comuns e a participação em lucros ou prejuízos”.³⁸

Para Jorge Lobo, além de ser uma sociedade de segundo grau, o grupo societário é dotado de personalidade jurídica própria. Afirma que “o grupo está para as sociedades grupadas assim como a sociedade isolada está para a pessoa de seus sócios ou acionistas: nesta, como naquele, a pessoa dos membros não se confunde com a instituição resultante da união das diversas partes”, para concluir, em seguida, que “um e outra, tal como seus componentes, possuem personalidade.”³⁹

Alfredo de Assis Gonçalves define o grupo societário como “um ajuste de subordinação em que duas ou mais sociedades, de tipos iguais ou diferentes, sob um mesmo controle, reúnem-se para atuarem em harmonia, sob única direção”.⁴⁰

Embora este autor aceite que os grupos de sociedades se encaixam no “arcaico conceito de sociedade” do Código Civil (art. 981), entende que não é possível atribuir-lhes personalidade jurídica no nosso sistema jurídico, pois eles não têm patrimônio próprio⁴¹ e não agem no mundo jurídico: quem exerce as atividades

³⁶ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 53.

³⁷ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 43.

³⁸ COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. Obra citada, p. 360. No mesmo sentido, OLIVEIRA, José Lamartine Correa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 591-596.

³⁹ LOBO, Jorge. Direito dos grupos de sociedades. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 107, p. 99-122, julho-setembro de 1997, p. 111-112. Sobre a coincidência da personalidade jurídica do grupo com a da sociedade controladora, vide OLIVEIRA, José Lamartine Correa de. Obra citada, p. 595-596.

⁴⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário**: sociedade anônima, p. 325.

⁴¹ Em sentido oposto, Luiz Olavo Baptista afirma que os grupos de direito podem ter patrimônio e, por isso, podem ter personalidade jurídica. (BAPTISTA, Luiz Olavo. Grupos e consórcios. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, p. 246-256, janeiro-março de 1983, p. 250).

do grupo são as sociedades que o integram, sob uma orientação uniforme que, embora possa visar o interesse do grupo, não é do conjunto das sociedades, mas da sociedade controladora, que, por isso, é individualmente responsável pelos atos resultantes de sua orientação.⁴²

Voltando a análise para a nossa Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976), verifica-se que ela, ao contrário da lei alemã, na qual buscou inspiração, abrange somente os grupos de sociedades e não os grupos de empresas, que poderiam ser compostos por empresários individuais e até pelo próprio Estado. Dentre as sociedades agrupadas, no mínimo uma deve ser anônima e não se admite, ao menos de forma explícita, que a ligação entre elas seja feita por pessoas físicas ou por administradores comuns.⁴³

Além disso, o nosso sistema apenas reconhece como tal o grupo de sociedades fundado no poder de controle acionário (grupo de subordinação), e desde que seja celebrada uma convenção grupal entre as sociedades controladora e controladas (art. 265), que deve ser arquivada no registro do comércio (art. 271), momento em que o grupo deve adotar a designação “grupo de sociedades” ou “grupo” (art. 267) e em que passam a incidir as normas do capítulo XXI, que constituem um regime reservado aos grupos societários de direito, os únicos legitimados a submeter os interesses sociais das sociedades-filhas à vontade geral do grupo e/ou à da sociedade-mãe.⁴⁴

Nas palavras de Alfredo de Assis Gonçalves Neto:

Perante o direito brasileiro, portanto, o grupo de sociedades deve ser compreendido como uma convenção escrita, devidamente levada ao Registro de Empresas Mercantis, pela qual a sociedade controladora e suas controladas, mediante administração uniforme, obrigam-se a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns (arts. 265 e 271 da Lei n. 6.404, de 1976).⁴⁵⁻⁴⁶

⁴² GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário**: sociedade anônima, p. 328.

⁴³ COMPARATO, Fábio Konder. **Os grupos societários na nova lei de sociedades por ações**, p. 93-94.

⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Idem*, p. 94-95.

⁴⁵ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Obra citada, p. 327.

⁴⁶ Em decisão recente, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná reconheceu a existência de um grupo de sociedades de fato, conforme se extrai do voto do Desembargador Relator: “Com efeito, grupo econômico é a reunião de sociedades comerciais que, nada obstante conservem as personalidades jurídicas distintas, se encontram subordinadas a uma direção econômica unitária e comum (Direito dos Grupos de Sociedade, Jorge Lobo, RT 763/26). [...] Assim, considerando o contexto fático apresentado, conclui-se que as empresas acima [sic] nominadas constituem na

Para Fábio Konder Comparato, o grupo de coordenação está regulado no capítulo XXII da mesma lei, sob a denominação “consórcio”. Os grupos de fato seriam regulados apenas de forma indireta, no capítulo XX, destinado às “sociedades coligadas, controladoras e controladas”.⁴⁷

Constatada a pluralidade de conceitos, passaremos a analisar mais detidamente os elementos constitutivos do grupo de sociedade como concebido na Lei nº 6.404/1976, por serem os mais relevantes para o direito brasileiro e em razão do restrito espaço desta monografia.

1.3 PRESSUPOSTOS DE EXISTÊNCIA DOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Apesar de existirem outros ramos do direito que adotam um conceito mais amplo (como o concorrencial, o tributário e o trabalhista), restringir-nos-emos, neste momento, aos elementos encontrados na definição de grupo de sociedades da Lei das Sociedades por Ações (art. 265),⁴⁸ ou seja, a do grupo de direito e de subordinação. Entretanto, veremos no item 1.4 que esses elementos também servem para o reconhecimento dos grupos de fato e dos grupos de coordenação.

São eles: a convenção de grupo, a independência jurídica dos entes constitutivos, a direção econômica unitária e o poder de controle (exceto para os grupos de coordenação). Passemos a uma análise de cada um desses elementos.

1.3.1 Convenção de grupo

Embora seja patente a relevância econômica do fenômeno dos grupos de sociedades, quando se fala em critérios para o reconhecimento da sua existência para o direito são grandes as dificuldades encontradas para a elaboração de uma

realidade, um mesmo grupo econômico, explorando a mesma atividade principal, apresentando, basicamente o mesmo sócio-gerente”. (Agravo de instrumento nº 493.912-2 – 18ª Câmara Cível. Relator Desembargador Luís Espíndola, julgado em 01/10/2008).

⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Os grupos societários na nova lei de sociedades por ações**, p. 95.

⁴⁸ Art. 265. “A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.”

definição legal que seja clara e precisa (certeza jurídica), mas ao mesmo tempo ampla, aberta e flexível (concretude), de modo a permitir o reconhecimento pelo juiz das variadas formas de organização dos grupos.⁴⁹

Numa tentativa de solucionar o problema, nossa legislação impõe, como pressuposto de reconhecimento legal, a celebração de uma convenção de grupo, na forma de um contrato formal entre a sociedade-mãe e as sociedades-filhas. Portanto, “só é, realmente, reputado como grupo de sociedades, para os fins da Lei das Sociedades por Ações, aquele que for celebrado por escrito, com observância das exigências estabelecidas no seu art. 269”.⁵⁰

Num paralelo com o contrato de sociedade, Eduardo Secchi Munhoz descreve a convenção grupal como o estatuto do grupo de direito, pois nela se definem as normas de constituição, administração e extinção do grupo, e de compensação de prejuízos sofridos pelas controladas. Para ser válida, ela deve passar pela aprovação das sociedades que pretendem agrupar-se, na forma disposta pelas normas de modificação de seus contratos sociais ou estatutos, garantido o direito de recesso aos sócios ou acionistas dissidentes (art. 270 e parágrafo único da LSA).⁵¹

Jorge Lobo ensina que a convenção precisa regular as relações entre as sociedades agrupadas de forma minuciosa, precisa e clara, para que se torne possível a subordinação de interesses das sociedades e a participação em custos, receitas ou resultados comuns, bem como para que a sociedade-mãe possa favorecer uma sociedade em prejuízo de outra, ou impor determinados contratos e instruções às demais sociedades.⁵²

A convenção também deve estabelecer a designação do grupo, que necessariamente conterà palavra identificadora de sua existência ("grupo de sociedades" ou "grupo", conforme dispõe o artigo 267 da Lei nº 6.404/76), e precisa ser registrada na Junta Comercial para que seja válida.⁵³

⁴⁹ COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. **O poder de controle na sociedade anônima**, p. 360.

⁵⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: sociedade anônima**, p. 35.

⁵¹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**, p. 282-284.

⁵² LOBO, Jorge. **Direito dos grupos de sociedades**, p. 107.

⁵³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 225.

1.3.2 Independência jurídica

Descrito por Engrácia Antunes como o primeiro traço distintivo dos grupos de sociedades, entende-se por independência jurídica o fato de que cada sociedade agrupada, apesar da sua subordinação a uma estratégia e interesse econômico exteriores, conserva sua personalidade jurídica própria e distinta, bem como, embora apenas formalmente, a autonomia patrimonial e organizativa.⁵⁴

Segundo Jorge Lobo, isso ocorre graças ao instituto da personalidade jurídica, que permite às sociedades possuírem individualidade, patrimônio e capacidade jurídica próprios, distintos e autônomos, que, não se confundem com os dos sujeitos que delas participam, e que as tornam titulares de direitos e de obrigações por elas assumidas.⁵⁵

Esta característica permite distinguir o grupo de sociedades de outras formas de concentração empresarial que envolvem, como na fusão e na incorporação, a extinção de uma ou ambas as sociedades envolvidas ou a criação de sucursais, que não passam de departamentos de uma mesma sociedade, sem personalidade jurídica.⁵⁶

A autonomia patrimonial e a autonomia organizativa são as bases da independência jurídica e do conceito de personalidade jurídica.

O patrimônio autônomo é o responsável pela limitação da responsabilidade dos sócios e, conseqüentemente, por um forte incentivo ao desenvolvimento econômico a partir do século XIX. O grupo societário afeta essa autonomia, transformando os patrimônios das sociedades em ativos e passivos do grupo que podem ser alocados livremente entre seus participantes conforme o interesse do todo, distinto do de cada um deles.⁵⁷ A dinâmica deste fenômeno, segundo Claude Champaud, assemelha-se à do princípio dos vasos comunicantes.⁵⁸

Já a organização autônoma liga-se à estrutura do exercício do poder dentro da sociedade, através de uma organização hierárquica baseada na separação dos poderes entre a assembleia geral, os órgãos de administração e o conselho fiscal.

⁵⁴ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 54.

⁵⁵ LOBO, Jorge. **Direito dos grupos de sociedades**, p. 110-111.

⁵⁶ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. *Obra citada*, p. 54.

⁵⁷ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**, p. 134-135.

⁵⁸ CHAMPAUD, Claude. **Le pouvoir de concentration de la société par actions**, p. 275.

Essa organização acaba subvertida pela entrada da sociedade no grupo: a assembleia geral, nas dominadas, é substituída pela direção emanada pelos administradores da sociedade dominante (ou comuns no grupo por coordenação), enquanto na dominante seu poder é transferido aos administradores⁵⁹ pois são eles que as representam nas relações com as sociedades dominadas; os órgãos de administração têm suas competências transferidas aos da sociedade dominante que, por sua vez concentram os poderes da assembleia geral; e o conselho fiscal acaba assumindo uma tarefa muito mais complexa, vez que a atividade global a ser fiscalizada supera a de cada personalidade jurídica, e impossível nos grupos de fato, pois a LSA só prevê essa possibilidade para os grupos de direito (art. 277, §2º).⁶⁰⁻⁶¹

Segundo Eduardo Secchi Munhoz, esses elementos encontram-se em profunda crise,⁶² porém não se trata, no dizer de Claude Champaud, da destruição da personalidade jurídica pelo grupo, mas antes de sua atenuação.⁶³

1.3.3 Direção econômica unitária

Claude Champaud destaca a importância deste elemento, ao afirmar que a garantia da unidade de direção econômica é a maior preocupação das técnicas e estruturas jurídicas que estão na base da existência e da organização dos grupos de sociedades.⁶⁴ No dizer de Fábio Konder Comparato, trata-se do “único critério geral

⁵⁹ “Que ninguém duvide: em qualquer empresa de certo porte, os acionistas – os proprietários – e os Conselhos de Administração que supostamente os representam são de todo submissos aos administradores”. (GALBRAITH, John Kenneth. BARBOSA, Paulo Anthero Soares (Trad.). **A economia das fraudes inocentes**: verdades para o nosso tempo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 46).

⁶⁰ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**, p. 142-145.

⁶¹ Champaud ensina que o declínio dos órgãos sociais é acompanhado pela degeneração do interesse social, o que gera consequências na atribuição de responsabilidades do controlador e dos administradores. (CHAMPAUD, Claude. **Le pouvoir de concentration de la société par actions**, p. 278). Essas consequências são tratadas de forma mais detalhada por Eduardo Secchi Munhoz, obra citada, p. 145-147.

⁶² MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Idem*, p. 142-147.

⁶³ “L’existence d’un groupe porte des graves atteintes à la personnalité morale des sociétés qui ne le composent. Celle-ci se trouve amoindrie mais elle n’est pas anéantie.” (CHAMPAUD, Claude. Obra citada, p. 275. Vide, igualmente, as páginas 279 e 280).

⁶⁴ “L’étude des structures et des techniques juridiques sur lesquelles reposent l’existence et l’organisation des groupes de sociétés révèle la constante préoccupation de leur promoteurs: avant toute chose, il s’agit d’assurer l’unité de direction économique des sociétés groupées” (CHAMPAUD, Claude. *Idem*, p. 275). No mesmo sentido, ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 113.

de identificação de todos os grupos econômicos, e não a unidade de controle, que só ocorre no grupo econômico de subordinação”.⁶⁵

De fato, mesmo que cada sociedade componente do grupo mantenha sua autonomia jurídica, a realidade prática demonstra que “ela se encontra dependente, em maior ou menor grau, da estratégia e interesse do todo econômico tal como ele vem definido pela sociedade líder do grupo.”⁶⁶

Não é preciso, como ensina Eduardo Secchi Munhoz, um interesse comum a todas as sociedades do grupo, mas um interesse do grupo na direção da atividade empresarial de seus membros. Esse interesse não se confunde com o poder de controle, como se verá no item seguinte, porque pode decorrer da livre vontade das sociedades agrupadas.⁶⁷

Essa característica pressupõe a existência de um poder, exercido pelo núcleo diretivo (normalmente situado na sociedade dominante), de definir uma estratégia econômica geral para o grupo, que pode abranger todos ou apenas alguns dos variados setores da atividade de cada sociedade dominada, em diferentes graus de centralização, e que “coordena e superintende as atividades econômicas particulares das várias sociedades agrupadas”.⁶⁸

Nas palavras de Jorge Lobo:

Com efeito, antes, durante e após a industrialização em massa de produtos padronizados, a sociedade de comando (1) exerce, as mais das vezes, autocraticamente, o poder de mando, (2) prevê, para não improvisar, (3) planeja para o curto, médio e longo prazo, para evitar a dispersão de esforços e a falta de continuidade, (4) controla volumosos recursos financeiros, consoante o sistema do “caixa único”, e (5) coordena as variadíssimas atividades de suas controladas e verifica e compara os resultados obtidos pelas sociedades grupadas com o que foi previsto e planejado.⁶⁹

Quanto à verificação da existência da direção unitária, diante da impossibilidade de defini-la, a doutrina, na tentativa de encontrar um conteúdo mínimo, divide-se entre uma concepção estrita, que entende que a centralização da política financeira é condição necessária e suficiente, e a concepção ampla, para a

⁶⁵ COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. **O poder de controle na sociedade anônima**, p. 43.

⁶⁶ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 55.

⁶⁷ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**, p. 110-112.

⁶⁸ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. Obra citada, p. 55.

⁶⁹ LOBO, Jorge. **Direito dos grupos de sociedades**, p. 108.

qual é condição suficiente, mas não necessária, bastando o controle de ao menos uma outra área funcional da gestão empresarial das sociedades filhas.⁷⁰⁻⁷¹

Entretanto, a subordinação de uma multiplicidade de sociedades formalmente independentes a uma direção unitária “pode acarretar práticas monopolísticas e ofensas aos direitos dos acionistas minoritários e de terceiros, à economia popular e à coletividade, daí porque é imprescindível definir os direitos, deveres e responsabilidades dos grupos de sociedades”.⁷²

1.3.4 Poder de controle

O poder de controle como elemento constitutivo necessário dos grupos de sociedades, segundo Alfredo de Assis Gonçalves Neto, é uma peculiaridade do sistema brasileiro. Como exemplo, o autor cita os regramentos dos grupos societários no direito alemão e no Estatuto do Grupo Europeu de Interesse Econômico, que reconhecem a existência dos grupos mesmo na ausência de vínculos de participação intersocietária, desde que apresentem uma direção geral uniforme.⁷³

Fábio Ulhoa Coelho apresenta uma definição estrita de poder de controle, consoante com o disposto no artigo 116 da Lei das Sociedades Anônimas:⁷⁴ o poder de controle existiria quando um acionista detiver a maioria das ações votantes da sociedade e de fato utilizar os direitos delas decorrentes para dirigi-la.⁷⁵

Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho definem o poder de controle na sociedade anônima, de forma mais ampla, como o “poder de determinar as

⁷⁰ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 121-122.

⁷¹ Sobre os efeitos da centralização dos setores financeiro, de vendas, de marketing e de política administrativa nas sociedades controladoras e controladas, capazes de excluir a autonomia patrimonial das sociedades agrupadas, vide MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**, p. 135-139, e ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. Obra citada, p. 113-120.

⁷² LOBO, Jorge. **Direito dos grupos de sociedades**, p. 111.

⁷³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário**: sociedade anônima, p. 325.

⁷⁴ Art. 116. “Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.”

⁷⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**: direito de empresa, p. 211.

deliberações da assembleia geral”,⁷⁶ e o caracterizam como o “elemento unificador do grupo econômico de subordinação”.⁷⁷

No mesmo sentido, Eduardo Secchi Munhoz ensina que o poder se estrutura em três níveis: o da participação no capital social, o da administração e o do controle.⁷⁸ Pode-se afirmar, portanto, que o controle não decorre, necessariamente, da participação no capital social, mas também de negócios jurídicos, da presença de administradores comuns nas sociedades envolvidas, do parentesco, da dependência econômica, dentre outras situações. Isso significa que o fenômeno do poder nem sempre se identifica com os modelos legais, de modo a possibilitar a existência de poderes de controle de fato e de direito.⁷⁹

Ainda, o poder de controle pode ser classificado como interno, quando exercido no interior da sociedade, por meio da sua estrutura, ou externo, quando o controlador não faz parte de nenhum dos órgãos sociais.⁸⁰

Apesar da utilidade dessa tipificação, Comparato e Salomão explicam que as diferentes manifestações do poder de controle aproximam-se em torno do conceito de dominação soberana, que denota um poder originário, exclusivo e geral,⁸¹ “pouco importando que essa dominação seja exercida de fato ou de direito, isto é, legitimada ou não por normas próprias do sistema jurídico”.⁸²

De fato, essa flexibilidade de organização dos grupos societários, característica que lhes possibilita a rápida adaptação às exigências do mercado, também permite que eles assumam diversas formas de organização que escapam às fronteiras das personalidades jurídicas das sociedades agrupadas. Para reduzir os custos de transação no mercado, maiores numa negociação entre empresas

⁷⁶ COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. **O poder de controle na sociedade anônima**, p. 88.

⁷⁷ COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 45.

⁷⁸ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**, p. 78.

⁷⁹ COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. Obra citada, p. 47-48. Por essa razão, Clóvis do Couto e Silva considera “praticamente impossível estabelecer as formas como se manifesta o poder de controle”. (SILVA, Clóvis V. do Couto. Grupo de sociedades. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 647, p. 07-22, setembro de 1989, p. 8).

⁸⁰ COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. Obra citada, p. 47-48.

⁸¹ “Originário porque não deriva de outro, nem se funda em nenhum outro, interna ou externamente. Uno ou exclusivo, porque não admite concorrentes, pela sua própria natureza. Geral, porque se exerce em todos os campos e setores, sem encontrar nem admitir domínios reservados por parte dos órgãos societários. E muito embora não seja ilimitado (...), é forçoso reconhecer que a evolução do direito, até bem pouco tempo, foi no sentido da progressiva supressão dos limites do controle” (COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 49).

⁸² COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 48.

independentes, os empresários buscam maneiras de controlar a outra sociedade sem participar no seu capital social. É o caso, por exemplo, dos grupos de fato criados através do poder de controle externo ou do controle gerencial (este, modalidade de controle interno).⁸³

O controle externo, segundo Eduardo Secchi Munhoz, destaca-se por vir sendo “um importante instrumento de unificação dos grupos [...] como forma alternativa de concentração do poder empresarial, sem a rigidez, os riscos e a necessidade de mobilização de capital” decorrentes da participação societária.⁸⁴ Por essa razão, torna-se necessária uma breve incursão no tema.

O controle externo é definido como uma forma de dominação sobre uma sociedade sem a necessidade de participação em qualquer um de seus órgãos.⁸⁵ Trata-se, no dizer de Comparato e Salomão Filho, do “elemento unificador por excelência do grupo econômico de fato”.⁸⁶ Ele pode assumir diversas formas. Uma delas decorre “de particulares relações contratuais que, potencialmente, levam uma das partes a ficar sujeita, em maior ou menor grau, ao comando da outra”, como ocorre nos contratos de franquia e de transferência de tecnologia.⁸⁷

Manifesta-se também nas situações de monopólio ou monopólio, em que, inexistindo outro fornecedor ou outro adquirente, uma sociedade se vê obrigada a acatar a direção de outra. Isso ocorre, por exemplo, quando bancos procurados por sociedades em dificuldades financeiras estabelecem certas exigências, como restrições negociais, fiscalização, poder de veto, direito de eleger membros da administração ou do conselho fiscal.⁸⁸

A terceira forma de controle externo é a da especialização, ou terceirização. Buscando evitar os males do gigantismo, diminuir riscos e custos e aumentar a flexibilidade da organização da atividade empresarial, algumas macrocompanhias restringem suas atuações às atividades que desempenham com maior eficiência e deixam para o mercado aquelas que não são diretamente necessárias à empresa.⁸⁹

⁸³ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**, p. 123-124.

⁸⁴ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Idem*, p. 125-126.

⁸⁵ COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. **O poder de controle na sociedade anônima**, p. 89.

⁸⁶ COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 102.

⁸⁷ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Obra citada*, p. 124-125.

⁸⁸ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Idem*, p. 125.

⁸⁹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Idem*, p. 126.

Entretanto, a terceirização só é eficiente se a contratante puder manter o controle da atividade da contratada, e o fizer através de técnicas contratuais que a vinculem a uma relação de subordinação “que não se baseia na propriedade de capital, mas em modalidade de controle externo, levando-as a formar uma unidade empresarial, na medida em que os recursos são orientados pelo mecanismo de autoridade e direção, e não pelo sistema de preços, que caracteriza as relações de mercado”.⁹⁰

Parafraseando a conclusão de Eduardo Secchi Munhoz:

Os grupos de sociedades, portanto, antes baseados na sua esmagadora maioria em vínculos de participação no capital, agora passam a se formar também por meio de relações contratuais que geram situações de controle externo, em graus diversos, e que se apresentam em constante mutação.⁹¹

1.4 CLASSIFICAÇÕES

Assim como inexistente uma definição legal satisfatória dos elementos componentes do suporte fático dos grupos de sociedades, não há, na Lei das Sociedades Anônimas, qualquer classificação legal das suas espécies, o que permite dizer que “todas as modalidades são ‘a priori’ possíveis”, de acordo com “as necessidades económicas e a imaginação do empresário”.⁹²

Diante dessa constatação, passaremos à análise doutrinária das formas fundamentais de organização dos grupos societários.

1.4.1 Grupos de fato e grupos de direito

Em razão do distanciamento entre o direito societário clássico (que ainda está no paradigma da sociedade isolada) e a realidade das relações de controle intersocietário, as legislações têm buscado disciplinar este fenômeno, ou por meio de um modelo de regulação parcial dos grupos e coligações societários através dos institutos clássicos do direito societário e do direito privado; ou utilizando-se de um

⁹⁰ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**, p. 126-127.

⁹¹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Idem*, p. 128.

⁹² ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 72.

modelo de regulação global, que cria uma disciplina normativa específica para os grupos.⁹³

Dentro do modelo de regulação global, distinguem-se o modelo contratual e o modelo orgânico. Este “disciplina o fenómeno dos grupos societários a partir da mera constatação da existência de um conjunto de sociedades subordinadas a uma direcção económica unitária e comum, independente da origem dessa direcção”.⁹⁴ Mas o modelo adotado pela nossa LSA foi o contratual, para o qual o reconhecimento do grupo societário depende “da *natureza do instrumento jurídico* utilizado para a respectiva constituição”.⁹⁵ A possibilidade de haver ou não o reconhecimento legal da existência dos grupos de sociedades faz com que eles sejam separados em dois tipos: os grupos de direito e os grupos de fato.

Os grupos de direito, segundo Eduardo Secchi Munhoz, “são aqueles constituídos por meio de um dos instrumentos taxativamente previstos na lei [para nós, a convenção de grupo], ficando sujeitos a um regime jurídico específico, excepcional em relação ao direito geral das sociedades”.⁹⁶

Isso faz com que sejam os únicos reconhecidos pelo legislador como verdadeiros grupos, pois é apenas em relação a eles que “o regime jurídico especificamente concebido para os grupos societários entra em acção”, de modo a legitimar, inclusive, “a subordinação da vontade e interesse sociais individuais das sociedades-filhas à vontade e interesse da sociedade-mãe”.⁹⁷

É em razão disso que, uma vez firmada a convenção de grupo, o artigo 270, parágrafo único, da LSA “assegura o direito de recesso aos sócios ou acionistas dissidentes da deliberação de se associar ao grupo”.⁹⁸

Os grupos de fato, por sua vez, “definem-se negativamente como sendo todos aqueles outros em que o poder de direcção detido pela sociedade-mãe sobre as suas filhas teve a sua origem num outro instrumento [...] ao qual a lei não fez associar expressamente qualquer regime jurídico especial”.⁹⁹ Pode-se dizer, então,

⁹³ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 165-169.

⁹⁴ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. *Idem*, p. 177.

⁹⁵ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. *Idem*, p. 170. (grifos do autor).

⁹⁶ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**, p. 118.

⁹⁷ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. *Obra citada*, p. 171.

⁹⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário**: sociedade anônima, p. 327.

⁹⁹ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. *Obra citada*, p. 73.

que “do mesmo modo que o poder de direcção da sociedade-mãe [...] constitui um puro poder de facto e não legal, assim também o grupo societário se dirá grupo de facto e não de direito”.¹⁰⁰

Nesse caso, o poder de direcção da sociedade dominante fica regulado pelas regras e princípios tradicionais do direito societário (em especial os da independência da sociedade e da primazia do interesse social) somados a “um conjunto de disposições jurídicas especiais que visam reforçar a eficácia da aplicação dessas regras jurídico-societárias comuns e, assim, oferecer uma protecção suplementar à sociedade (facticamente) dependente, respectivos sócios e credores sociais”.¹⁰¹

Estas normas, no nosso sistema, encontram-se no do capítulo XX da LSA, das “Sociedades Coligadas, Controladoras e Controladas”, e proíbem que os administradores das sociedades beneficiem outra sociedade coligada, controladora ou controlada em prejuízo das sociedades por eles dirigidas, “cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado”, sob pena de responderem por perdas e danos (art. 245).¹⁰²

Segundo Comparato, “pela regra do art. 245, torna-se, em tese, impossível a atuação do grupo societário [de fato] como um conjunto em que cada sociedade trabalha no interesse geral, ou no da controladora, e não no seu próprio interesse”.¹⁰³

Assim, a sociedade dominante apenas poderia utilizar seu poder para criar uma direcção unitária “se e *na estrita medida* em que tal direcção se mostre compatível com o respeito da autonomia da gestão e do interesse próprio de cada uma” das sociedades filhas.¹⁰⁴

Engrácia Antunes caracteriza o modelo contratual como dispositivo e flexível, pois a aplicação das normas do regime legal específico dos grupos societários fica à

¹⁰⁰ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 76.

¹⁰¹ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. *Idem*, p. 173.

¹⁰² Segundo Alfredo de Assis Gonçalves Neto, o mesmo vale para a sociedade controladora: “Idêntica regra existe para a sociedade controladora, que não pode usar do seu poder para desviar a controlada do cumprimento de seus fins sociais, respondendo pelos danos que, na violação dessa regra, a ela causar (art. 266).” (**Lições de direito societário**: sociedade anônima, p. 327).

¹⁰³ COMPARATO, Fábio Konder. **Os grupos societários na nova lei de sociedades por ações**, p. 97.

¹⁰⁴ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. Obra citada, p. 75.

mercê da vontade da sociedade dominante: caso deseje evitá-las, basta deixar de firmar a convenção de grupo. O mesmo não ocorre no modelo orgânico, vez que nele bastaria a constatação da existência do grupo, não importando a natureza do seu instrumento constitutivo.¹⁰⁵

1.4.2 Grupos de coordenação e de subordinação

O critério de distinção entre os grupos de coordenação e os de subordinação, segundo Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão, está nos três níveis de estruturação do poder na sociedade anônima: o da participação no capital social, o da direção, e o do controle.¹⁰⁶

Assim, o grupo econômico de subordinação é caracterizado pela unidade de controle, enquanto o grupo de coordenação, ou igualitário, existe quando empresas autônomas não subordinadas entre si atuam em conjunto em razão de uma unidade de direção (e não de controle), emanada de um conselho consultivo comum ou de administradores comuns (união pessoal).¹⁰⁷

Engrácia Antunes, por sua vez, utiliza-se do critério da posição assumida pelas sociedades no seio do grupo.

Por meio dele, define o grupo de subordinação como aquele em que as sociedades agrupadas se encontram numa relação hierárquica de dependência, o que faz com que a direção unitária decorra do domínio intersocietário.¹⁰⁸ Ocorreria “uma subordinação forçada de todas as sociedades integrantes a uma direcção económica comum, unilateralmente definida e exercida por uma dentre elas (sociedade-mãe)”.¹⁰⁹

Já o que define o grupo de coordenação (ou paritário, ou horizontal), é a independência fática e jurídica entre as sociedades agrupadas. Adota-se uma forma institucional de organização horizontal, em que as competências decisórias são

¹⁰⁵ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 177.

¹⁰⁶ COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. **O poder de controle na sociedade anônima**, p. 40.

¹⁰⁷ COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 41.

¹⁰⁸ “Há que salientar que o protagonismo prático e jurídico pertence indubitavelmente ao modelo dos grupos de subordinação, onde simultaneamente se revê a esmagadora maioria dos grupos existentes e reside a especificidade teórica da problemática do grupo societário (ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. *Obra citada*, p. 81).”

¹⁰⁹ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. *Idem*, p. 80-81.

transferidas a uma “instância superior de direcção, responsável pela coordenação das respectivas actividades empresariais e pela definição da política económica geral do agrupamento, na qual todas aquelas sociedades participam paritariamente ou em pé de igualdade”. Esta instância pode assumir variadas formas, mais evidentes, como a de um órgão de direcção especialmente criado para esse fim, ou mais sutis, como a nomeação de administradores comuns, ou a realização de reuniões periódicas dos presidentes dos conselhos de administração.¹¹⁰

¹¹⁰ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 81.

2 FIGURAS AFINS

Para atingir o escopo deste trabalho, é fundamental proceder à análise individualizada das demais formas de organização empresarial, que, como o grupo de sociedades, servem aos movimentos de concentração e de globalização da economia contemporânea através da organização de uma pluralidade de sociedades em torno de um objetivo econômico.

Essas figuras podem assumir uma forma societária ou uma forma organizacional. Dentre as primeiras, listamos a sociedade de propósito específico e a sociedade holding;¹¹¹ dentre as segundas, o consórcio, a “joint venture”, as redes contratuais, e os acordos de empresas.¹¹²

2.1 FIGURAS SOCIETÁRIAS

2.1.1 Sociedade de Propósito Específico

Alfredo de Assis Gonçalves Neto define a sociedade de propósito específico como “uma sociedade empresária, revestida de qualquer dos tipos previstos em lei, constituída para realizar um determinado trabalho, uma tarefa determinada e específica, como executar uma obra, fazer uma importação, etc.”¹¹³

Para Leonardo Guimarães, a sociedade de propósito específico é uma modalidade de *corporated joint venture* que utiliza uma das formas societárias previstas no ordenamento jurídico brasileiro num fenômeno não societário: A SPE consiste numa “estrutura negocial, para a qual duas ou mais sociedades vertem

¹¹¹ Deixaremos de tratar da distinção entre as coligações e os grupos de sociedades por entendermos ser ela satisfatoriamente clara. Segundo dispõe o artigo 243, § 1º, da Lei nº 6.404/1976, “são coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa.” Ou seja, a participação de uma sociedade em outra deve ser relevante, mas não a ponto de configurar o poder de controle, portanto incapaz de por si só levar à formação de uma direção econômica unitária, sem a qual não há grupo.

¹¹² Devido à limitação da extensão desse trabalho, deixamos de fazer referência a outras figuras que apenas são reconhecidas juridicamente no direito comparado, como o são o agrupamento complementar de empresas e o “trust”.

¹¹³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário**: sociedade anônima, p. 330.

seus esforços econômicos, tecnológicos, industriais, dentre outros, de forma a criar uma pessoa jurídica para executar determinados e específicos objetivos”¹¹⁴.

Segundo este autor, a SPE é uma modalidade de *corporated joint venture* por ser uma forma de constituição de parceria entre sociedades para execução de um ou mais empreendimentos específicos, em torno de uma terceira corporação que possui estrutura societária separada das sociedades que a constituem. Pode assumir qualquer modalidade societária, mas, em razão de sua causa e finalidade, não é sociedade mercantil e não possui, em si, personalidade jurídica. Seu prazo de duração pode ser determinado ou indeterminado. Suas ações ou quotas devem ser distribuídas de forma equânime entre os participantes, embora a administração possa ser atribuída a apenas um deles. Os participantes podem ser pessoas físicas ou jurídicas, mas não devem ser de grande número, e não se admite que entre eles existam ligações societárias.¹¹⁵

Pode-se afirmar, portanto, que a SPE distingue-se dos grupos de sociedades, em primeiro lugar, porque, em que pese visar um fim econômico comum àqueles que a integram, dela pode participar como sócio qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, de direito privado ou público. Ainda, mesmo que fosse formada exclusivamente por sociedades, lhe faltariam os elementos da direção econômica unitária e da dependência econômica entre as sociedades que a compõem, tendo em vista que representa apenas uma parcela das suas atividades e não subordina os interesses e objetivos sociais das sociedades envolvidas aos interesses do conjunto ou de uma sociedade dominante. Por fim, ainda que nada os impeça, via de regra “os grupos de sociedades não são formas próprias de cumprimento de propósitos específicos empresariais.”¹¹⁶

¹¹⁴ GUIMARÃES, Leonardo. A SPE – sociedade de propósito específico. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 125, p. 129-137, janeiro-março de 2002, p. 134-135.

¹¹⁵ GUIMARÃES, Leonardo. *Idem*, p. 131-133 e 137.

¹¹⁶ ISFER, Edson. **Sociedade de propósito específico como instrumento de recuperação de empresas**. 2006. 348 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p. 259.

2.1.2 Sociedade holding

Pedro Ivan Vasconcelos Hollanda ensina que a *holding* é a figura jurídica que mais se assemelha aos grupos de sociedades, por ser uma sociedade que “comanda e gerencia a atividade de outras sociedades de que é detentora de participação social e que desempenham suas funções para o atingimento dos objetivos preconizados pela sociedade *holding*”¹¹⁷.

Segundo Engrácia Antunes, o termo “*holding*” é impreciso, mas tem sido usado “para designar aquelas sociedades que têm por objecto a gestão de uma carteira de participações detidas no capital de outras sociedades”.¹¹⁸

As *holdings* podem ser classificadas quanto ao objeto ou quanto ao fim perseguido através da gestão da carteira de participações. Quanto ao objeto, dividem-se em as *holdings* puras e mistas. As primeiras são as que têm por único objeto a administração de uma carteira de participações sociais. Já as *holdings* mistas “caracterizam-se pela manutenção de um objecto social de natureza industrial ou comercial, paralelamente à titularidade e administração de participações em sociedades com objectos de natureza idêntica”.¹¹⁹

Pelo critério do fim perseguido pela gestão da carteira de participações sociais, podemos falar em sociedades de investimento e em sociedade *holding* em sentido estrito. Nas primeiras, busca-se o simples rendimento estável do capital investido, através da repartição ou da diversificação dos riscos. Já na sociedade *holding* em sentido estrito, o objetivo é o controle efetivo das sociedades participadas.

A organização de uma sociedade sob a forma de *holding* costuma ser um forte indicio da existência de um grupo de sociedades, pois o seu objeto social é apto à criação da direção econômica unitária. Entretanto, apenas uma análise concreta de determinada relação de coligação intersocietária pode revelar se ela é intensa o suficiente para constituir uma relação grupal, e não meras relações de

¹¹⁷ HOLLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos. **Os grupos societários como superação do modelo tradicional da sociedade comercial autônoma, independente e dotada de responsabilidade limitada**. 2008. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 80.

¹¹⁸ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 88.

¹¹⁹ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. *Idem, ibidem*.

domínio (participações majoritárias), de participação relevante, simples ou recíproca (entre 10 e 50%), ou de participação irrelevante.¹²⁰

Para Engrácia Antunes, a sociedade *holding* é um importante instrumento de organização do grupo de sociedades, em razão de suas vantagens organizativas, financeiras e fiscais,¹²¹ mas não se confunde com o grupo societário em si, porque ele é um modelo de organização global da empresa plurissocietária, enquanto a *holding* é apenas um modelo jurídico-organizativo da sociedade de comando do grupo societário, ou seja, meramente uma das formas jurídicas que por ela podem ser assumidas.¹²²

2.2 FIGURAS ORGANIZACIONAIS

2.1.1 Consórcio de empresas

Fábio Ulhoa Coelho afirma que os consórcios são uma terceira modalidade de cooperação entre sociedades para a realização de atividades comuns, ao lado dos grupos de fato e de direito.¹²³

O consórcio de empresas é originário do direito anglo-saxão, onde é denominado “*unincorporated joint venture*”. Segundo Engrácia Antunes, trata-se de

instrumento contratual de cooperação interempresarial pelo qual duas ou mais pessoas, singulares ou colectivas, que exercem uma actividade económica, se vinculam a realizar concertadamente determinada actividade ou efectuar certa contribuição com vista a prosseguir um dos objectos taxativamente previstos na lei.¹²⁴

¹²⁰ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 90.

¹²¹ Exemplificando cada uma delas: “vantagens organizativas (v.g., separação entre gestão empresarial estratégica e operacional, autonomização de unidades de negócio da empresa e flexibilização do grau de integração respectiva, manutenção do controle de empresas familiares), vantagens financeiras (v.g., favorecimento dos fluxos financeiros entre as sociedades agrupadas, “máxime”, através de uma gestão centralizada de tesouraria, ou “cash-pooling”, de operações de “zero balancing” e “transfer pricing”, flexibilização na estruturação e abertura dos capitais das sociedades agrupadas, mecanismo de recompra societária ou “holding de rachat”) e vantagens fiscais (v.g. eliminação da dupla tributação econômica, eventual aproveitamento de regimes especiais de dedução de prejuízos fiscais e de tributação pelo lucro consolidado, possibilidade de aquisição de imóveis para arrendamento a sociedades participadas).” (Obra citada, p. 89).

¹²² ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. *Idem*, p. 90.

¹²³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**: direito de empresa, p. 224.

¹²⁴ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. Obra citada, p. 94.

Já para Alfredo de Assis Gonçalves Neto, o consórcio de empresas é, “como o grupo de sociedades, um contrato associativo, espécie do gênero sociedade, no conceito do Código [civil], mas despido de personalidade jurídica e estranho à classificação codificada”. Por conta da inexistência de proibição expressa, é possível que empresários individuais celebrem contratos de consórcio. Estes, para serem válidos, devem ser escritos, conter os requisitos do artigo 279 da Lei nº 6.404/1976, e ser arquivados na Junta Comercial do lugar de suas sedes, devendo a certidão do arquivamento ser publicada na imprensa.¹²⁵

Gonçalves diferencia o consórcio do grupo “em razão de a lei expressamente ressaltar a inexistência de solidariedade entre os consorciados, salvo se convencionada (art. 278, § 1º)”.¹²⁶

Engrácia Antunes, por sua vez, aponta as razões econômicas e jurídicas para tal distinção. Sob o ponto de vista econômico, o consórcio é uma forma de colaboração entre empresas economicamente autônomas, enquanto o grupo subordina empresas economicamente dependentes entre si. Pelo ponto de vista jurídico, apesar de o consórcio, como o grupo, não possuir personalidade jurídica¹²⁷, ele dá origem a uma mera “associação de empresas”.¹²⁸

Mas a diferença mais marcante está no fato de que, enquanto o grupo corresponde a uma estrutura empresarial unitária, duradoura e permanente, o consórcio “traduz uma simples associação pontual entre empresas autônomas, que persegue um mero objectivo de cooperação temporária, limitada, de resto, por força da enumeração restritiva do respectivo objecto contratual, a áreas ou segmentos concretos da actividade económica das empresas envolvidas”.¹²⁹

¹²⁵ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário**: sociedade anônima, p. 330-331.

¹²⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Obra citada, p. 330. Essa solidariedade, segundo Fábio Ulhoa Coelho, apenas existiria nas relações com o consumidor e nas licitações (**Manual de direito comercial**: direito de empresa, p. 225).

¹²⁷ Para Luiz Olavo Baptista, uma das diferenças entre os consórcios e os grupos está no fato de que estes possuem personalidade jurídica, vedada expressamente pela lei aos consórcios. (**Grupos e consórcios**, p. 255).

¹²⁸ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 92 e 94.

¹²⁹ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. *Idem*, p. 94-95.

2.1.2 *Joint Venture*

Leonardo Guimarães ensina que a *joint venture* é o resultado da união de interesses entre empresas e grupos, “pessoas jurídicas ou naturais, desejosas em expandir e/ou diversificar, sua base econômica, tendo por escopo a auferição de lucros ou benefícios, com duração permanentes ou prazos determinado.”¹³⁰

O termo “*joint venture*” abrange uma grande variedade de acordos de empreendimento comum entre empresas, que podem consistir “na mera criação de relações obrigacionais entre as partes (‘contractual [ou *unincorporated*] joint venture’) ou dar origem à criação de uma organização dotada de personalidade jurídica própria (‘equity [ou *corporated*] joint venture’)”, podem ser celebrados entre quaisquer tipos de sujeitos empresariais (pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou público), e são capazes de objetivar um projeto determinado ou os variados setores da atividade econômica das empresas envolvidas, que podem estar em países distintos.¹³¹

Segundo José Carlos da Silva Nogueira, os principais campos de atuação da *joint venture* são: pesquisa, produção, marketing e comercialização.¹³²

No direito brasileiro, Alfredo de Assis Gonçalves define *joint venture* como uma modalidade de consórcio “que é uma associação de empresas visando objetivos específicos e limitados, normalmente de caráter temporário. São empresas que se unem contratualmente para a realização de um negócio determinado, sem daí resultar um novo ente”.¹³³

A *joint venture* distingue-se dos grupos de sociedades porque as sociedades que lhe deram causa não perdem sua autonomia econômica, nem submetem seus interesses a um único interesse geral, já que colaboram entre si na persecução de finalidades determinadas e compatíveis com seus interesses sociais.

Mas Engrácia Antunes aponta que ambas as figuras poderiam se encontrar no caso das filiais comuns. Primeiramente, em razão de a criação dessas filiais ser uma forma de expansão internacional dos grupos, causada pela necessidade de

¹³⁰ GUIMARÃES, Leonardo. **A SPE – sociedade de propósito específico**, p. 131.

¹³¹ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 99.

¹³² NOGUEIRA, José Carlos da Silva. O contrato de “*joint venture*” na matéria antitruste. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 125, p. 129-137, janeiro-março de 2002, p. 59.

¹³³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: sociedade anônima**, p. 329.

contornar alguns obstáculos legais ao investimento estrangeiro e por circunstâncias do mercado e das próprias empresas envolvidas. Em segundo lugar, porque as filiais comuns também são um dos instrumentos de colaboração entre os próprios grupos de sociedades, que serve para a persecução de finalidades comuns e determinadas por meio da constituição e exploração de uma nova empresa.¹³⁴

2.1.3 Redes Contratuais

Cláudia Lima Marques explica que “na sociedade moderna por vezes as relações contratuais são tão conexas, essenciais, interdependentes e complexas que é impossível distingui-las, realizar uma sem a outra, deixar de realizá-las ou separá-las”.¹³⁵ Por esta razão, fala-se hoje em redes de contratos.

A conexão de contratos é definida como “o fenômeno operacional econômico de multiplicidade de vínculos, contratos, pessoas e operações para atingir um fim econômico unitário e nasce da especialização das tarefas produtivas, da formação de redes de fornecedores no mercado e, eventualmente, da vontade das partes”¹³⁶.

Já as redes contratuais são compreendidas como “o fenômeno de interligação sistemática, funcional e econômica entre contratos estruturalmente diferenciados”.¹³⁷ Conforme explica Rodrigo Xavier Leonardo,

Assim, são realizados contratos estruturalmente individualizados, dotados de causa jurídica própria, aptos a entabular processos obrigacionais que se subsumem ao modelo clássico de relação jurídica obrigacional (partes, objeto, causa e garantia) e que, portanto, em princípio, vinculariam apenas as partes contratantes.

Funcionalmente, contudo, referidos contratos estruturalmente individualizados mostram-se vinculados, na medida em que formam elementos de uma operação econômica unificada, sistematizada e funcionalizada pelo que se convencionou chamar de rede.¹³⁸⁻¹³⁹

¹³⁴ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 99-101.

¹³⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 105.

¹³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Idem, ibidem*.

¹³⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 128.

¹³⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Idem*, p. 138.

¹³⁹ Cláudia Lima Marques distingue três tipos de conexão entre contratos. Há um grupo de contratos, quando cada contrato tem um objetivo próprio, mas todos concorrem para um mesmo fim, que somente pode ser atingido se unidos. Há uma rede de contratos, quando cada contrato tem, sucessivamente, o mesmo objeto. Há contratos conexos em sentido estrito, quando contratos autônomos são vinculados e qualificados por uma finalidade econômica supracontratual. Exemplos

Verificado esse nexos sistemático entre os contratos, a rede contratual está formada, independentemente da vontade das partes, e passa a irradiar “efeitos jurídicos próprios à rede em si considerada – efeitos esses que não se confundem com aqueles próprios aos diversos contratos nela engendrados – provenientes da unidade e da ordenação de seus elementos”.¹⁴⁰

Este fenômeno recebe distintas nomenclaturas e perspectivas de análise no direito comparado. Na doutrina italiana e na portuguesa, é chamado de contratos coligados; na espanhola, contratos conexos, na francesa, grupos de contratos, na anglo-saxã, contratos relacionais ou networks colaterais, na argentina, redes contratuais, e na brasileira, coligamento e contrato relacional.¹⁴¹

Segundo Leonardo, os seguintes pontos são comuns às perspectivas desses países:

a) a coexistência de dois ou mais contratos estruturalmente diferenciados, mantidas as respectivas causas objetivas desses contratos; b) existência de um nexos funcional entre os contratos diferenciados; c) existência de um nexos econômico entre esses contratos; d) relevância jurídica da ligação entre esses contratos, seja em razão da motivação (perspectiva subjetivista), seja em razão da correspectividade de prestações (perspectiva objetivista).¹⁴²

Os fenômenos das redes contratuais e dos grupos societários, embora distintos, aproximam-se em quatro pontos: são formas de colaboração econômica entre entes distintos economicamente; que podem acarretar a responsabilidade solidária dos agentes envolvidos; resultantes da superação das formas econômicas clássicas que as precederam; e que demandam novas respostas do direito.

a) Assim como nos grupos de sociedades existe o elemento da direção unitária, nos contratos em rede verifica-se um nexos sistemático que, embora pontual, coordena a atuação de diversos agentes em torno de uma determinada operação econômica, a ponto de poder-se falar em uma causa sistemática diversa da de cada um dos contratos coligados.¹⁴³

destes seriam os financiamentos para o consumo e a contratação por meio de cartões de crédito. (**Contratos no código de defesa do consumidor**, p. 106-107).

¹⁴⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**, p. 145.

¹⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima. Obra citada, p. 106.

¹⁴² LEONARDO, Rodrigo Xavier. Obra citada, p. 132.

¹⁴³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Idem*, p. 133.

b) Ambos os fenômenos podem acarretar a responsabilidade solidária dos agentes econômicos envolvidos em determinadas situações. Veremos adiante que, no caso dos grupos societários, a doutrina se divide acerca das situações nas quais a solidariedade entre as sociedades componentes do grupo seria possível.¹⁴⁴ Já no caso das redes contratuais, ela seria possível nas cadeias de fornecimento e de consumo, para garantir o adequado cumprimento do contrato principal.¹⁴⁵

c) As redes contratuais também são o resultado de uma evolução, iniciada numa realidade econômica compatível com o modelo contratual clássico que, atualmente, depara-se com novos modelos de produção e distribuição que o tornam insuficiente. As redes contratuais inserem-se, então, num novo paradigma do direito contratual, situado numa realidade pós-moderna: no lugar de contratos instantâneos, restritos ao mútuo consentimento, de efeitos restritos às partes, surgem contratos que engendram “uma relação mais contínua entre as partes, voltados a objetivos planejados, que podem ser adequados ao longo do tempo, sem fixação tão rígida no conteúdo das manifestações de vontade, mas sim no comportamento objetivo entre as partes”.¹⁴⁶

d) De maneira análoga ao que ocorreu na doutrina dos grupos societários, a teoria da rede contratual visa superar a perspectiva estrutural, individualizante, do contrato, por outra capaz de perceber o vínculo econômico entre os negócios, com efeitos jurídicos, colocando em relevo o caráter sistemático do vínculo entre os contratos, de modo que os eventos ocorridos em um contrato isolado repercutem em todo o sistema.¹⁴⁷

Diante dessas semelhanças, e da flexibilidade de organização dos grupos societários, especialmente os de fato, é plausível a possibilidade de que o elemento unificador de um grupo identifique-se com uma rede contratual.

Entretanto, ambos os fenômenos não se confundem. Em primeiro lugar, a rede contratual pode envolver qualquer tipo de agente econômico, até mesmo o consumidor.¹⁴⁸ Em segundo lugar, embora a rede contratual engendre uma relação

¹⁴⁴ Sobre a solidariedade entre as sociedades componentes do grupo, vide *infra*, item 6.2.

¹⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**, p. 109.

¹⁴⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**, p. 134.

¹⁴⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Idem*, p. 133.

¹⁴⁸ Na visão de Cláudia Lima Marques, “Os contratos conexos são aqueles cuja finalidade é justamente facilitar ou realizar o consumo.” (Obra citada, p. 105).

contínua e flexível entre as partes, ela se restringe a uma operação econômica específica e de duração determinada pelo atingimento de seu objetivo, sem abranger toda uma área funcional de uma sociedade, ao contrário do que se verifica no conceito de direção unitária do grupo societário.¹⁴⁹ Em terceiro lugar, não se encontra necessariamente, na rede contratual, a intenção de se criar um centro comum de direção das atividades empresariais, nem um agente econômico que busque controlar, dominar ou dirigir as atividades dos demais, como ocorre nos grupos: ela pode prescindir mesmo da vontade dos agentes econômicos de atuar em conjunto.

Para ilustrar, Leonardo cita como exemplo de rede contratual a situação em que existe uma relação jurídica entre um incorporador imobiliário e uma instituição financeira, garantida pela hipoteca do imóvel, e outra entre o incorporador e o consumidor. Apesar da separação estrutural entre ambas as relações jurídicas, haveria uma única operação econômica, cujo objetivo seria o financiamento, a construção e a alienação de um imóvel no mercado. Esta situação representa uma mitigação do princípio dos efeitos relativos do contrato: no caso de inadimplemento por parte do incorporador na primeira relação, quem sofreria as consequências seria o consumidor, que perderia o imóvel adquirido por conta da garantia hipotecária. A proteção ao consumidor exigiria, portanto, a ineficácia do ônus real.¹⁵⁰⁻¹⁵¹

Comparato menciona, ainda, a figura da rede empresarial, uma espécie de grupo formado através do controle externo contratual, na forma de uma rede de

¹⁴⁹ HOLLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos. **Os grupos societários como superação do modelo tradicional da sociedade comercial autônoma, independente e dotada de responsabilidade limitada**, p. 81.

¹⁵⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**, p. 227-231.

¹⁵¹ Neste sentido, decidiu o STJ: "SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. Casa própria. Execução. Hipoteca em favor do financiador da construtora. Terceiro promissário comprador. Embargos de terceiro. - Procedem os embargos de terceiros opostos pelos promissários compradores de unidade residencial de edifício financiado, contra a penhora efetivada no processo de execução hipotecária promovida pela instituição de crédito imobiliário que financiou a construtora. - O direito de crédito de quem financiou a construção das unidades destinadas à venda pode ser exercido amplamente contra a devedora, mas contra os terceiros adquirentes fica limitado a receber deles o pagamento das suas prestações, pois os adquirentes da casa própria não assumem a responsabilidade de pagar duas dívidas, a própria, pelo valor real do imóvel, e a da construtora do prédio. Recurso conhecido e provido." (Recurso Especial nº 187.940, 4ª Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJ 21/06/1999).

contratos estáveis, em que a sociedade dominante “é uma holding pura, sem participação no capital das controladas.”¹⁵²

2.1.4 Acordos de empresas

Segundo Engrácia Antunes, os acordos de empresas abrangem quaisquer convenções “entre empresas jurídica e economicamente independentes que, mediante o recurso a certas práticas concertadas de acção [...] tenham por objectivo ou efeito afectar a liberdade do jogo concorrencial no segmento de mercado relevante”.¹⁵³

Nas palavras de Calixto Salomão Filho,

A cooperação empresarial é caracterizada pela uniformização de certos comportamentos ou pela realização de certa atividade conjunta, sem interferir com a autonomia de cada empresa, que permanece substancialmente independente naqueles aspectos de atividade não sujeitos ao acordo.¹⁵⁴

A distinção relativamente ao grupo societário (e em especial ao por coordenação) está na manutenção da autonomia econômica das empresas envolvidas, “podendo até dizer-se, em certo sentido, que o acordo de empresas [...] contribui justamente para aumentar ainda mais essa mesma autonomia”,¹⁵⁵ enquanto que no grupo, apesar de juridicamente independentes, as sociedades envolvidas submetem sua autonomia econômica à sociedade-mãe, formando uma única empresa plurissocietária.¹⁵⁶

Conforme dissemos na nota de rodapé nº 2, alguns autores defendem que certos acordos entre empresas também podem ser considerados práticas de concentração econômica. Entretanto, a inclusão de um estudo adequado da cooperação entre empresas extrapolaria em muito os limites desta monografia,

¹⁵² COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 732, p. 38-46, outubro de 1996, p. 40.

¹⁵³ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 95.

¹⁵⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**, p. 267.

¹⁵⁵ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. Obra citada, p. 95-96.

¹⁵⁶ No mesmo sentido, MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**, p. 113.

razão pela qual trataremos do tema somente a partir da concepção predominante, que limita o conceito de concentração aos casos em que da operação resulte a perda da autonomia dos agentes ou a constituição de uma nova entidade econômica.¹⁵⁷

¹⁵⁷ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**, p. 464-465. No mesmo sentido, SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**, p. 267.

PARTE II – DIREITO CONCORRENCIAL

A primeira parte deste trabalho foi dedicada a uma análise estrutural dos grupos societários. Iniciaremos, neste momento, uma análise funcional, ou seja, estudaremos os efeitos, as consequências e o tratamento que essa figura vem recebendo no direito concorrencial.¹⁵⁸

O instituto dos grupos societários e o direito da concorrência, dentro do contexto do desenvolvimento histórico e econômico do modo de produção capitalista, encontram-se em torno do fenômeno da concentração econômica.

A liberdade econômica, além de inaugurar o modelo capitalista, possibilitou a competição entre os comerciantes. Porém, essa competição veio a se tornar tão acirrada, que surgiu a necessidade de os agentes econômicos unirem suas forças para sobreviverem no mercado. A evolução e a generalização dos atos de concentração entre empresas, por sua vez, deve sua existência, em grande parte, ao direito societário, que forneceu os meios jurídicos que os viabilizaram.

Entretanto, percebeu-se que os atos de concentrações de capitais e de poder econômico, quando excessivos, são capazes de gerar severas distorções no mercado, prejudiciais ao bom desenvolvimento das relações econômicas. Surge, então, a necessidade de regular esses atos, através do direito concorrencial, cuja origem passamos a investigar.

3 O SISTEMA ANTITRUSTE BRASILEIRO

3.1 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA

Para o estudo do desenvolvimento histórico do direito antitruste, partimos do ensinamento de Isabel Vaz, segundo o qual a regulação da concorrência é “um fenômeno de todos os tempos”, portanto bastante anterior ao surgimento do modelo

¹⁵⁸ Apesar de considerarmos que o direito da concorrência abrange outros diplomas infraconstitucionais, como o Código Civil (cujo artigo 1.147 dispõe sobre a proibição da concorrência ao alienante de estabelecimento empresarial, salvo autorização expressa do adquirente) e a Lei de Propriedade Industrial (que prevê o crime de concorrência desleal, em seu artigo 195), este trabalho abrangerá o direito antitruste exclusivamente no que respeita à concentração empresarial, conforme disciplinada pela Lei nº 8.884/1994.

de produção capitalista.¹⁵⁹ Deve ser feita uma distinção, no entanto, entre as simples regras sobre as condutas dos (hoje chamados) agentes econômicos, e a regulação da concorrência em sentido técnico, ligada à regulação do mercado.¹⁶⁰

As primeiras sempre existiram, ou ao menos desde a Antiguidade. Neste primeiro momento, haveria concorrência sempre que existisse comércio (mercado), ou seja, quando ao menos duas pessoas pretendessem trocar, comprar ou vender um mesmo tipo de bem ou bens semelhantes a uma terceira.¹⁶¹ As regras de comportamento tinham motivos e objetivos práticos, com fins a obter resultados imediatos, eficazes e tópicos. Não serviam, portanto, para proteger a concorrência, nem como um bem em si mesmo, nem como correspondente a um modo de produção considerado ótimo.¹⁶²⁻¹⁶³

Foi apenas partir do século XVIII, com a Revolução Industrial e o Estado liberal, que a palavra concorrência começou a ser usada em sentido técnico e econômico. Foi nesse período que a sua regulamentação passou a visar à manutenção do sistema de produção e a proteção do mercado contra seus efeitos autodestrutíveis.¹⁶⁴

Com o fim das corporações de ofício e suas normas rígidas, os agentes econômicos ficaram livres para competir pela conquista dos mercados e dos consumidores, através dos meios que entendessem mais adequados (variação de preços, captação de clientela, aumento de vendas, publicidade etc.). É por isso que se afirma que a ideia de livre mercado é correlata à de livre concorrência.¹⁶⁵

Essa liberdade econômica, no entanto, sofreu limitações pelo Estado, desde o início, em nome do interesse público, mas sem configurar um intervencionismo estatal,¹⁶⁶ visto que essas restrições serviam apenas à manutenção do sistema que

¹⁵⁹ VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 53-54.

¹⁶⁰ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 28.

¹⁶¹ VAZ, Isabel. Obra citada, p. 53.

¹⁶² FORGIONI, Paula. Obra citada, p. 29-33 e 55.

¹⁶³ Para um estudo detalhado acerca das regras de concorrência durante a Antiguidade Grega, a Antiguidade Romana, a Idade Média e o Mercantilismo, vide FORGIONI, Paula, obra citada, p. 34-54.

¹⁶⁴ FORGIONI, Paula. *Idem*, p. 30-33.

¹⁶⁵ FORGIONI, Paula. *Idem*, p. 57-58.

¹⁶⁶ “*Restringir la libertad de comercio y de la industria no es ninguna novedad. Se ha entendido siempre que la libertad debe estar limitada por el interés público*”. (RIPERT, George. **Aspectos jurídicos del capitalismo moderno**, p. 205. Em tradução livre: “Restringir a liberdade de comércio e

se firmava.¹⁶⁷ A concorrência, neste cenário, figura como o meio encontrado para conciliar a liberdade econômica com o interesse público, pois seria capaz de regular o mercado e gerar o bem estar social sem a necessidade da intervenção do Estado.¹⁶⁸ Nas palavras de Paula Forgioni:

preservando-se a competição entre os agentes econômicos, atende-se ao interesse público (preços inferiores aos de monopólio, melhoria da qualidade dos produtos etc.), ao mesmo tempo em que se assegura ao industrial ou comerciante a mais ampla liberdade de atuação, com a concorrência evitando qualquer comportamento danoso à sociedade.¹⁶⁹

A competição desenfreada do primeiro momento do Estado liberal levou às concentrações de capital e de poder econômico, gerando distorções no mercado,¹⁷⁰ tais como os preços de monopólio e as condições desfavoráveis dos trabalhadores. Em razão disso, o Estado passou a regular a concorrência, meramente para a correção do sistema e a manutenção do liberalismo econômico, protegendo, assim, o mercado contra seus efeitos autodestrutíveis.¹⁷¹

No dizer de Fábio Konder Comparato:

Se o jogo era doravante livre, necessário se fazia, para que esta liberdade perdurasse, que as regras do jogo fossem respeitadas. Nascia daí um conjunto de normas específicas, no bojo do direito Concorrencial, cujo fundamento era a princípio a defesa dos interesses dos próprios comerciantes.¹⁷²

O direito antitruste como hoje o conhecemos teve sua origem nos Estados Unidos, no final século XIX. A normativa antitruste norte-americana surge em razão da desconfiança dos cidadãos face a qualquer intervenção econômica estatal e à concentração econômica nas mãos de poucos empresários privados, geradora de

de indústria não é nenhuma novidade. Sempre foi entendido que a liberdade deve estar limitada pelo interesse público”).

¹⁶⁷ VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**, p. 58-59.

¹⁶⁸ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 59-62.

¹⁶⁹ FORGIONI, Paula. *Idem*, p. 61.

¹⁷⁰ George Ripert afirmou que, “*se ha comprobado que la libertad engendra el desorden y la crisis*”. (**Aspectos jurídicos del capitalismo moderno**, p. 206. Em tradução livre: “se tem demonstrado que a liberdade engendra a desordem e a crise”).

¹⁷¹ FORGIONI, Paula. Obra citada, p. 65-69.

¹⁷² COMPARATO, Fábio Konder. Concorrência desleal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 375, p. 29-35, 1967, p. 30.

grandes monopólios,¹⁷³ na forma dos trustes.¹⁷⁴ O legislador estadunidense, em 1890, editou, portanto, o *Sherman Act*, que restringia a liberdade de pactuar entre concorrentes e proibia a formação de trustes, a monopolização do mercado e os atos a ela tendentes.¹⁷⁵

A principal preocupação desse diploma, para Paula Forgioni, foi de encorajar a concorrência e tutelar o mercado contra seus efeitos autodestrutíveis.¹⁷⁶ Calixto Salomão Filho, por outro lado, entende que o principal objetivo foi a proteção institucional do sistema competitivo como instrumento de defesa dos consumidores contra o poder econômico e político dos monopolistas. Subordinaria, portanto, a eficiência empresarial a interesses redistributivos.¹⁷⁷

A Corte Suprema americana mitigou a aplicação desta lei através da célebre “regra da razão” (*rule of reason*), que permitia a admissão de determinados pactos que, mesmo restritivos à concorrência, eram considerados benéficos para a economia.¹⁷⁸

Igualmente importante foi o *Clayton Act*, de 1914, que veio complementar o *Sherman Act*, disciplinando suas condições de aplicação, e tratou das práticas desleais e das concentrações de empresas. No mesmo ano, o *Federal Trade Commission Act* criou uma agência federal independente, encarregada de reprimir as práticas restritivas da concorrência em nome do interesse público.¹⁷⁹

Além de suprir incertezas na interpretação do *Sherman Act*, estes diplomas vieram garantir que a concorrência, além de livre, fosse leal, pois, para os economistas da época, as práticas desleais eram o maior obstáculo à entrada de

¹⁷³ Calixto Salomão Filho aponta como principais fatores que influenciaram a promulgação do *Sherman Act* a concentração industrial, o descontentamento do setor agrário com a má gestão e as fraudes nas grandes redes de estradas de ferro, a influência política dos grandes monopólios e a rápida transformação da economia americana, a partir de 1865, que, por conta da necessidade de crescimento empresarial para produção em massa, estimulou as práticas de concorrência desleal e o abuso dos consumidores. (**Direito concorrencial**: as estruturas, p. 68-71). No mesmo sentido, FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 72-80.

¹⁷⁴ Paula Forgioni explica que o truste foi criado para resolver a falta de estabilidade do cartel: os empresários transferiam o poder derivado das ações a um *trustee* em troca de um *trust certificate*, criando uma administração centralizada das empresas. (Obra citada, p. 75-76).

¹⁷⁵ GARRIGUES, Joaquín (Coord.); ESCUDERO, A.; FERRER, R.; GARCIA, J. A.; RINCÓN, A. **Apuntes de derecho de la competencia comunitario y español**. Madrid: Dykinson, 2002, p. 25.

¹⁷⁶ FORGIONI, Paula. Obra citada, p. 70-71.

¹⁷⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Obra citada, p. 71-72.

¹⁷⁸ GARRIGUES, J. *et al.* Obra citada, p. 25-26.

¹⁷⁹ GARRIGUES, J. *et al.* *Idem*, p. 26.

novos concorrentes no mercado e permitiam identificar os casos de monopolização. Consideradas ilícitos *per se*, ainda serviam para impedir a formação dos monopólios através da conquista ilegal de participação no mercado (teoria da *incipiency*).¹⁸⁰

Importante na sistemática adotada pelo Clayton Act é o emprego de uma “*qualifying clause*” que subordina a ilicitude das práticas tipificadas à restrição não razoável da concorrência ou à formação de um monopólio.¹⁸¹

Durante o século XX, principalmente em razão do advento das duas Grandes Guerras e da insuficiência da atuação estatal do século XIX em conter as crises do capitalismo (dentre elas, a de 1929), a regulamentação da concorrência assume não apenas a função de proteção, mas também a de condução do sistema, servindo como instrumento do Estado para implementação de políticas públicas a fim de evitar as crises e incentivar o crescimento econômico.¹⁸²

Nesse período, surgiu o direito econômico, como “o conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica.”¹⁸³ Segundo Paula Forgioni, são técnicas de direção sobre o mercado,¹⁸⁴ utilizadas pelo Estado para preservá-lo e conduzi-lo, que podem assumir diversas formas: O Estado atua *no* domínio econômico, quando desempenha diretamente as atividades que não interessam aos agentes privados ou que são de interesse nacional. Atua também por *participação* no domínio econômico quando compete em igualdade de condições com os agentes privados, sem criar barreiras legais á entrada. Ainda, atua *sobre* o domínio econômico através da atividade legislativa. Esta última forma é a intervenção estatal propriamente dita e pode ser desempenhada por meio de normas destinadas a regular a concorrência e o abuso do poder econômico.¹⁸⁵

Com isso, o antitruste passa a poder ser utilizado com um novo fim:

ao invés de uma legislação de cunho negativo, limitada à prevenção e à repressão de práticas abusivas – o que não é tarefa de pequena monta,

¹⁸⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 74-75.

¹⁸¹ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 81.

¹⁸² FORGIONI, Paula. *Idem*, p. 33 e 83.

¹⁸³ COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. In: **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 453-499, p. 465.

¹⁸⁴ Segundo George Ripert, a economia é dita dirigida quando o Estado busca organizá-la e fazê-la funcionar de acordo com um plano. (**Aspectos jurídicos del capitalismo moderno**, p. 201).

¹⁸⁵ FORGIONI, Paula. Obra citada, p. 86-87.

admita-se – as empresas poderiam ser induzidas, estimuladas, a participar de um projeto de desenvolvimento do país.¹⁸⁶

Essa noção da concorrência como instrumento de implementação de políticas públicas cristalizou-se e intensificou-se a partir de 1951, com o Tratado de Paris. A concorrência deixa, então, de ser um valor em si mesmo para tornar-se simples meio de obtenção do equilíbrio econômico, podendo, conseqüentemente, ser preterida em favor de outros valores.¹⁸⁷

Trata-se, portanto, de uma dupla instrumentalidade do direito antitruste: de um lado, como forma de organização das relações de mercado através de normas e instituições; e de outro, como instrumento de intervenção estatal nessas relações para persecução de objetivos determinados.¹⁸⁸

Samantha Meyer-Pflug distingue a evolução do direito antitruste nos Estados Unidos e no Brasil. Nos Estados Unidos, a legislação antitruste surge como forma de contenção do processo de expansão capitalista americano, voltada a impedir a dominação econômica, e não à proteção da concorrência em si. Para tanto, focava-se na inviabilização da concentração e fusão de empresas. Já no Brasil, a intenção inicial foi de inibir os atos de abuso do poder econômico e, dentre eles, as fusões e incorporações. As principais leis antitrustes brasileiras surgem no contexto da consolidação do Estado nacional moderno. Por isso, ao contrário das estadunidenses, elas não surgem para impedir a expansão do capitalismo nacional, e sim para inviabilizar a entrada e permanência dos monopólios internacionais no país e promover a expansão da atividade econômica estatal e da indústria brasileiras.¹⁸⁹

O estudo da história do direito antitruste no Brasil deve partir do período colonial.

Antes da transferência da família real portuguesa para o Brasil, não havia que se falar em defesa da concorrência, porque a concorrência praticamente não

¹⁸⁶ VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**, p. 256.

¹⁸⁷ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 89-90.

¹⁸⁸ FORGIONI, Paula. *Idem*, p. 92. No mesmo sentido, SZTAJN, Raquel; SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Regulação e concorrência no sistema financeiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 123, p. 41-58, julho-setembro de 2001, p. 47.

¹⁸⁹ MEYER-PFLUG, Samantha. Lei antitruste. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 32, p. 199-209, julho-setembro de 2000, p. 199-203.

existia. Por força da política fiscalista da metrópole, inexistia qualquer interesse no progresso econômico e cultural da colônia, mas sim na sua exploração.¹⁹⁰

Para tanto, além da cobrança de impostos, foi estabelecido um monopólio bilateral em que o Brasil comprava e vendia unicamente com Portugal. O Estado português seguia uma política eminentemente intervencionista, dentro da qual a liberdade de comércio era obrigada a conviver com os monopólios reais ou autorizados pela coroa portuguesa. A população queixava-se de práticas de abuso de posição dominante e de prejuízos ao consumidor.¹⁹¹

Com a vinda da Corte Portuguesa, tornou-se necessária a substituição parcial da política fiscalista pelo fomento do desenvolvimento econômico no Brasil.¹⁹² Por isso, em 1808, o Banco do Brasil foi fundado, os portos foram abertos, criaram-se políticas de incentivos fiscais e foi instituída a liberdade de manufatura, uma espécie de liberalismo econômico, mas que ainda sofria com algumas das inúmeras restrições impostas pela Metrópole e ditadas pelos interesses da Inglaterra.¹⁹³

Dentre os motivos que levaram à independência, incluía-se a luta pela liberdade de comércio e de produção agrícola, num regime liberal. Entretanto, o governo do Império não se dobrou aos pensamentos liberais e manteve os privilégios da classe agrária. A intervenção estatal na economia restringia-se à manipulação das tarifas alfandegárias.¹⁹⁴ A concorrência, como no período anterior, era quase inexistente, pois não foram adotadas políticas protecionistas capazes de permitir um desenvolvimento da indústria nacional apto a fazer frente aos produtos estrangeiros (notadamente, os ingleses) que, em razão da abertura dos portos, invadiam o mercado brasileiro.¹⁹⁵

No primeiro período da República, a liberdade econômica adquire status constitucional pela primeira vez ao ser prevista pelo artigo 115 da Constituição de 1934. Porém, já vinha limitada, no mesmo artigo, pela justiça e pelas necessidades da vida nacional. Ao Estado era permitido, assim, intervir *na* economia (art. 116) e

¹⁹⁰ VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**, p. 59.

¹⁹¹ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 94-98.

¹⁹² FORGIONI, Paula. *Idem*, p. 99-104.

¹⁹³ VAZ, Isabel. Obra citada, p. 63-66.

¹⁹⁴ FORGIONI, Paula. Obra citada, p. 104-107.

¹⁹⁵ VAZ, Isabel. Obra citada, p. 68-69.

sobre a economia (art. 117). Ocorre que, em razão da crise de 1929, o Estado foi levado a intensificar sua intervenção na economia, não apenas para corrigir suas distorções, como para conduzi-la de modo a evitar novas crises. Não houve, contudo, a promulgação de qualquer lei antitruste.¹⁹⁶

A constituição de 1937 protegia a liberdade de iniciativa ao máximo, deixando ao Estado apenas o papel de garantir a manutenção do sistema contra seus efeitos autodestrutivos. Previa a liberdade de iniciativa no artigo 135, mas permitia a intervenção do Estado na economia para suprir as insuficiências da iniciativa privada e coordenar o sistema, através do controle (atuação *sobre* a economia), do estímulo (atuação *sobre* a economia através de sanções positivas) ou da gestão direta (atuação *na* economia), visando evitar ou resolver conflitos e preservar os interesses nacionais.¹⁹⁷

O primeiro diploma antitruste do Brasil foi o Decreto-lei 869 de 18 de novembro de 1938, editado para dar efetividade ao artigo 141 da Constituição de 1937, que previa a proteção à economia popular.¹⁹⁸ O antitruste, no Brasil, segundo Paula Forgioni, “*nasce como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor*” (grifos da autora). Difere-se, portanto, do sistema norte-americano que veio para proteger e manter a concorrência ligada ao princípio liberal.¹⁹⁹

Este Decreto-lei trouxe algumas normas antitrustes que permaneceram no nosso sistema. Estabeleceu, por exemplo, a condenação do conluio entre empresas para aumento arbitrário de lucros, da dominação dos mercados e do prejuízo à concorrência.²⁰⁰

Em 1945, tivemos o Decreto-lei 7.666, conhecido como “Lei Malaia”. Instituiu a repressão administrativa aos atos contrários à economia nacional. Para tanto, foi criada a Comissão Administrativa de Defesa Econômica – CADE, ligada ao Poder Executivo. Introduziu-se no nosso ordenamento o sistema de autorização prévia para atos de concentração e de registro para acordos. A ilicitude das práticas era determinada pelos seus efeitos atuais ou potenciais. Caso não fossem aprovadas

¹⁹⁶ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 108-112.

¹⁹⁷ FORGIONI, Paula. *Idem*, p. 112-114.

¹⁹⁸ VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**, p. 245.

¹⁹⁹ FORGIONI, Paula. Obra citada, p. 114.

²⁰⁰ FORGIONI, Paula. *Idem*, p. 115-116.

pela CADE, seriam consideradas nulas e ineficazes. A Lei Malaia foi criada como forte instrumento protecionista da economia nacional contra o capital estrangeiro, mas não chegou a três meses de vigência.²⁰¹

A Constituição de 1946 foi a primeira a trazer expressamente o princípio da repressão ao abuso do poder econômico, no artigo 148, iniciando, segundo Isabel Vaz, uma nova fase no sistema antitruste brasileiro, em que a tônica deixa de ser a simples defesa da economia popular.²⁰² Essa Constituição vedava o abuso do poder econômico e as concentrações de empresas que tivessem por fim a dominação do mercado, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário de lucros. Condenava, portanto, os atos abusivos pela finalidade, e não pelos efeitos (como fazia o Decreto-lei 7.666).²⁰³

Durante a vigência da Constituição de 1946, foi promulgada a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962. Em seu artigo 8º, criou o atual Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o CADE, com a função de apurar e reprimir os abusos do poder econômico. Na busca pelo equilíbrio entre a eficiência do sistema antitruste e a segurança jurídica, muito se debateu sobre a taxatividade ou não do rol de condutas apresentado em seu artigo 2º (que será estudado no item 3.3 para melhor comparação com a Lei nº 8.884/94).²⁰⁴

Com a Constituição de 1967 e a Emenda de 1969, a Lei nº 4.137/1962 serviu como instrumento legitimador das práticas econômicas concentracionistas, incentivadas pelo governo militar, pois permitia ao CADE autorizá-las em nome da eficiência produtiva.²⁰⁵ Careceu, no entanto, de efetividade concreta, em razão do escasso número de processos julgados pelo CADE e da suspensão e anulação judiciais das decisões do Conselho.²⁰⁶ Paula Forgioni destaca que, todavia, inexistiu contradição entre a existência de uma lei antitruste e uma política concentracionista,

²⁰¹ MEYER-PFLUG, Samantha. **Lei antitruste**, p. 202, e FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 119-123.

²⁰² VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**, p. 249-250.

²⁰³ FORGIONI, Paula. Obra citada, p. 123-124.

²⁰⁴ FORGIONI, Paula. *Idem*, p. 129-130

²⁰⁵ VAZ, Isabel. Obra citada, p. 261.

²⁰⁶ FORGIONI, Paula. Obra citada, p. 134-138.

pois ao governo “é facultado direcionar o processo de concentração de determinado setor industrial, aplicando, justamente, a Lei Antitruste”.²⁰⁷

Já na vigência da atual Constituição, a Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991, foi promulgada para dar segurança ao processo de liberalização da economia. Visando celerizar a regulação administrativa, criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico – SNDE, do Ministério da Justiça, para apurar e solucionar as anomalias anticoncorrenciais. Como revogou apenas em parte a lei anterior, o CADE passou a atuar ao lado da SNDE, ocasionando um aumento na qualidade técnica de suas decisões.²⁰⁸ Entretanto, segundo Calixto Salomão Filho, formou-se “uma dualidade indesejável de legislações concorrenciais”, pois “ambas as leis continham a definição de ilícitos concorrenciais”.²⁰⁹

Para solucionar o problema, foi promulgada a Lei nº 8.884, de 11 de julho de 1994, que sistematizou toda a matéria antitruste e transformou o CADE em autarquia federal com orçamento próprio. Implementou, também, o Sistema Brasileiro de defesa da Concorrência – SBDC, formado pelo CADE, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, do Ministério da Fazenda, e pela Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça. O SBDC, visando à melhoria da economia nacional, tem ajudado a propagar a cultura da concorrência no Brasil, embora, na prática, a maior parte de seus esforços e recursos esteja voltada à análise de atos de concentração e não de processos administrativos de investigação de práticas anticompetitivas.²¹⁰

3.2 INTERESSES PROTEGIDOS E CONCEITOS DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA

A investigação dos objetivos da lei antitruste deve partir da ressalva de Paula Forgioni, de que uma “excessiva generalização pode implicar a crença de que existe um objetivo único para toda e qualquer norma antitruste, independentemente do contexto em que se insere e dos conflitos de interesse existentes”.²¹¹ Em razão

²⁰⁷ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 141.

²⁰⁸ FORGIONI, Paula. *Idem*, p. 141-143

²⁰⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 84.

²¹⁰ FORGIONI, Paula. *Obra citada*, p. 143-145.

²¹¹ FORGIONI, Paula. *Idem*, p. 165.

de seu caráter instrumental, cada lei antitruste possui objetivos próprios, conforme o contexto da política econômica a que serve.²¹²

Iniciaremos, portanto, pelas teorias das principais escolas que buscam definir a função e os objetivos do antitruste, (Escola de Harvard, Escola de Chicago e Escola de Freiburg), para verificar como os objetivos por elas indicados adquirem uma configuração própria no sistema concorrencial brasileiro atual.

Para a Escola de Harvard, também chamada escola estruturalista, o objetivo é a existência da concorrência, como um fim em si mesmo. Seus teóricos afirmam que devem ser evitadas as excessivas concentrações de poder,²¹³ porque a estrutura dos mercados individuais determina o comportamento dos agentes econômicos. Por isso, a existência de um maior número de agentes prevalece sobre a busca pela eficiência, na medida em que dificulta as práticas concertadas.²¹⁴⁻²¹⁵

A partir dos anos 80, a Escola de Chicago, ou escola neoclássica, torna-se dominante na jurisprudência das Cortes americanas. Essa escola considera o estudo da economia como indissociável do antitruste, pois permite buscar o valor da “eficiência alocativa do mercado”.²¹⁶ Segundo Calixto Salomão Filho, por eficiência entende-se “a habilidade de produzir a custos menores e, conseqüentemente, reduzir os preços para o consumidor.”²¹⁷

Este valor torna-se predominante sobre qualquer outro, inclusive a existência da concorrência,²¹⁸ e modifica a perspectiva de pensamento dos institutos antitruste: concentrações e acordos verticais passam a representar um ganho para os consumidores, e não um mal a ser evitado.²¹⁹ A única função do antitruste, portanto,

²¹² FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 162-166.

²¹³ FORGIONI, Paula. *Idem*, p. 169-170.

²¹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 22.

²¹⁵ “Assim, a persistência de algumas imperfeições não impede que seja atingida uma *workable competition*, ou uma *concorrência viável*.” (FORGIONI, Paula. Obra citada, p. 169. Grifos da autora).

²¹⁶ FORGIONI, Paula. *Idem*, p. 173-174 e 176.

²¹⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Obra citada, p. 23.

²¹⁸ Segundo Calixto Salomão Filho, o melhor exemplo de conflito entre os dois valores é o da concentração econômica. A proteção exclusiva da eficiência pode levar à excessiva concentração do mercado, prejudicando os concorrentes, enquanto a proteção da concorrência pode impedir uma concentração benéfica ao consumidor. (Obra citada, p. 24).

²¹⁹ FORGIONI, Paula. Obra citada, p. 174.

seria a proteção do consumidor através da garantia da eficiência produtiva, pois a divisão dos benefícios trazidos seria presumida.²²⁰

A Escola de Chicago foi criticada por ser muito simplista. O movimento do Revisionismo pós-Chicago demonstrou os efeitos anticompetitivos das concentrações e acordos verticais, embora tenha reconhecido seus benefícios. Assim, conclui Paula Forgioni que “é possível que um aparente ganho de eficiência não seja compensado pela perda ou diminuição de incentivo à entrada de novos concorrentes, e nem sempre soluções centradas apenas no resultado alocativo vão ao encontro dos interesses dos consumidores.”²²¹

A Escola de Freiburg, ou Escola Ordo-Liberal, surgida nos anos 30, produziu a principal crítica à Escola de Chicago. Elegeu como valor fundamental da lei antitruste a garantia efetiva de existência de competição, seja ela potencial ou real. Assim, considerando que, “através da transmissão da informação e da existência de liberdade de escolha, o sistema de mercado permite *descobrir* as melhores opções existentes e o comportamento mais racional a adotar”, torna-se indispensável, para tanto, garantir a existência de um preço que represente a utilidade marginal do produto, bem como a “efetiva pluralidade real ou potencial de escolha entre produtos”. Portanto, fundamental para esta escola é a verificação de barreiras à entrada de competidores no mercado.²²²

Sua maior crítica à Escola de Chicago está no fato de que ela preocupa-se apenas com a riqueza global, e não com sua distribuição, sem garantir que as consequências decorrentes da concentração dos mercados (diminuição da liberdade de escolha do consumidor e concessão de poder econômico a um produtor que pode vir a dele abusar) sejam compensadas pela repartição dos ganhos da eficiência com os consumidores.²²³

O único meio para buscar esse objetivo seria a proteção da concorrência, pois “só ela pode garantir a preocupação constante dos agentes econômicos com a redução de preços, melhoria da produtividade e qualidade dos bens e serviços.”²²⁴

²²⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 23, e FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 178.

²²¹ FORGIONI, Paula. *Idem*, p. 180-181.

²²² SALOMÃO FILHO, Calixto. Obra citada, p. 27-28. (grifos do autor).

²²³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Idem*, p. 31-33.

²²⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Idem, ibidem*.

Vale ainda ressaltar que, para a Escola Ordo-Liberal, o direito concorrencial protege todos os participantes do mercado, sejam eles consumidores ou concorrentes, em razão de considerá-los reciprocamente instrumentais.²²⁵

Essa pluralidade de interesses é reconhecida e tutelada pelo sistema brasileiro. A nossa Constituição, no artigo 170, prevê a livre iniciativa (caput), a livre concorrência (inciso IV) e a defesa do consumidor (inciso V) como princípios gerais da ordem econômica. Estes princípios, por sua vez, “são instrumentais da promoção da dignidade humana”. Em sua defesa, a Constituição determina a repressão ao “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4º).²²⁶

Paula Forgioni ensina que o objetivo fundamental da concorrência, entre nós, é servir como “um instrumento para o alcance de outro bem maior, qual seja ‘assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’”.²²⁷ Na busca desse objetivo, não se restringe à eliminação dos efeitos autodestrutíveis do mercado, mas também serve de instrumento do poder público para conduzir as decisões dos grandes grupos de empresas rumo a um processo de desenvolvimento possível e desejável. Para tanto, a política antitruste pode ser realizada por meio da aplicação e da não aplicação da Lei Antitruste.²²⁸

Voltando a análise aos objetivos imediatos da Lei nº 8.884/1994, observamos, já em seu artigo 1º, que ela declara orientar-se “pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.”

Assim, verificamos que o legislador brasileiro homenageou a teoria ordo-liberal ao adotar o princípio da “livre concorrência”. Trata-se da preocupação com a proteção da igualdade de condições mínimas de concorrência (liberdade de acesso e permanência no mercado) contra as práticas e estruturas que possam limitá-las ou falseá-las. A “liberdade de iniciativa” (também prevista no parágrafo único do artigo 170 da CF) ainda serve para garantir a liberdade de acesso ao mercado contra as barreiras de entrada e práticas predatórias.²²⁹

²²⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 32-33.

²²⁶ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 191.

²²⁷ FORGIONI, Paula. *Idem*, p. 190-191

²²⁸ FORGIONI, Paula. *Idem*, p. 193-195.

²²⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Obra citada, p. 36

Com o princípio da defesa do consumidor, adotamos a ideia da Escola de Chicago de preocupação com a eficiência. Porém, a temperamos com o pensamento ordo-liberal da necessidade de repartição dos resultados com os consumidores. Prova disto está na Lei nº 8.884/94 que, ao tratar dos requisitos de aprovação das concentrações (artigo 54, parágrafo 1º e incisos), instituiu, ao lado do requisito do ganho de eficiência (inciso I), o requisito da distribuição equitativa dos benefícios com o consumidor (inciso II).²³⁰

Para concluir este item, vale observar que a busca dos objetivos da lei antitruste é relevante para a própria conceituação do que seria o direito da concorrência, podendo variar conforme a perspectiva de cada autor.

Elegendo a regulamentação do poder econômico no mercado como objetivo central do direito concorrencial, afirma Calixto Salomão Filho:

Se o direito concorrencial funciona como um corpo de regras mínimas de organização da ordem privada, que deve oferecer a seus agentes a possibilidade de livre escolha e, conseqüentemente, de descoberta da melhor opção de conduta, deve ele garantir, no mínimo, (a) liberdade de escolha e (b) máxima precisão possível das informações transmitidas.²³¹

Paula Forgioni, por sua vez, enfatiza o caráter instrumental do direito antitruste, ao defini-lo como a *“técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência.”*²³²

Para Isabel Vaz, o antitruste, no sentido mais amplo, indica “o conjunto de regras e instituições destinadas a apurar e a reprimir as diferentes formas de abuso de poder econômico e a promover a defesa da livre concorrência”.²³³

Ainda, sob perspectiva bastante própria, Franceschini conceitua o direito concorrencial como “O ramo do Direito Penal-Econômico que disciplina as relações de mercado entre os agentes econômicos, tutelando-lhes, sob sanção, o pleno exercício do direito constitucional da livre concorrência, em prol da coletividade nacional”.²³⁴⁻²³⁵

²³⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 33 e 36.

²³¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Idem*, p. 60.

²³² FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 88. (grifos da autora).

²³³ VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**, p. 243.

²³⁴ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Disciplina jurídica do abuso do poder econômico. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 640, p. 255-262, fevereiro de 1989, p. 257.

3.3 ESTRUTURA DA LEI Nº 8.884/1994

O direito concorrencial brasileiro sempre se preocupou em garantir a liberdade e a lealdade da concorrência. Sua origem remonta aos dispositivos constitucionais (a partir da Constituição de 1934) e penais (a partir do Decreto-lei nº 869 de 18 de novembro de 1938) de proteção à economia popular. Parte, portanto, da proteção do consumidor contra o falseamento do processo de escolha, através de uma concorrência livre e leal.²³⁶

Calixto Salomão Filho ensina que a nossa primeira lei antitruste propriamente dita, a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, segundo seu próprio autor, Agamenon Magalhães, sofreu influência direta do sistema estadunidense da época. Na busca do objetivo acima especificado, definiu, no artigo 2º, as três categorias de ilícitos dos sistemas concorrenciais mais desenvolvidos à época: “a constituição indevida de posição dominante (inc. I), o abuso de posição dominante (incs. II, III, IV) e a concorrência desleal (inc. V)”.²³⁷

Essa lei trazia um rol de ilícitos ligados exclusivamente a cada uma dessas categorias. Dessa forma, os acordos entre empresas (inc. I, “a”, “b” e “c”) apenas configurariam ilícitos se houvesse a possibilidade de dominação do mercado. A retenção de bens capaz de gerar escassez (inc. III, “c”) apenas seria ilícita quando configurasse abuso de poder econômico. Já o ajuste prévio de preços e vantagens (inc. V, “b”) era definido como forma de concorrência desleal, punível independentemente de posição dominante no mercado.

A atual Lei nº 8.884/1994, inspirou-se nos sistemas americano e europeu, mas distinguiu-se de ambos e da lei anterior.

Nos Estados Unidos, o Sherman Act declarou ilícitos o acordo entre empresas e a posição dominante, enquanto o Clayton Act regulou as concentrações. Já o Tratado da Comunidade Europeia veda, em dois artigos distintos, com suportes fáticos e hipóteses de incidência diferentes, os acordos entre empresas (art. 81) e o abuso de posição dominante (art. 82), elencando as práticas em rol exemplificativo,

²³⁵ No direito espanhol, “*El ordenamiento concurrencial tiene por objeto la defensa de la libre competencia en el mercado.*” (GARRIGUES, J. *et al.* **Apuntes de derecho de la competencia comunitario y español**, p. 34. Em tradução livre: “O ordenamento concorrencial tem por objeto a defesa da livre concorrência no mercado.”).

²³⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 82-83.

²³⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Idem, ibidem*.

e condiciona a ilicitude destas ao objeto ou efeito prejudicial ao comércio com os Estados-Membros ou à concorrência no mercado europeu.²³⁸

O sistema da atual lei brasileira, por sua vez, “é um sistema híbrido, que aproveita o europeu no que tange à caracterização do ilícito pelo objeto ou efeito, mas supera tanto esta tradição quanto aquela norte-americana no que tange à tipificação dos atos”.²³⁹ Isso porque buscou um meio-termo entre a “regra da razão, considerada eficaz e flexível, mas pouco adaptável ao ‘formalismo civilista’, e regra *per se*, considerada exageradamente rígida”.²⁴⁰

Para tanto, subordinou, em primeiro lugar, a configuração dos ilícitos concorrenciais aos objetos ou efeitos que consolidou num único artigo (o artigo 20²⁴¹): a dominação dos mercados, o abuso de poder econômico e a concorrência desleal,²⁴² bem como, segundo Paula Forgioni, os acordos e concentrações entre empresas.²⁴³ Em segundo lugar, estabeleceu, também em apenas um artigo (o artigo 21),²⁴⁴ um rol aberto de condutas que são consideradas ilícitas toda vez em que incidir um dos incisos do artigo anterior.²⁴⁵

É o que dispõe o caput do artigo 21: para que uma conduta descrita nos seus incisos configure um ilícito concorrencial é indispensável a sua conjugação com o artigo 20. Todavia, Fábio Ulhoa Coelho ensina que, como a caracterização da infração contra a ordem econômica já é feita pela Constituição Federal, em seu artigo 173, § 4º, o rol do artigo 21 é meramente exemplificativo dos instrumentos mais comuns de abuso do poder econômico, que ali não se esgotam.²⁴⁶

Com isso, segundo Calixto Salomão, pretendeu o legislador:

²³⁸ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 146-147.

²³⁹ FORGIONI, Paula. *Idem*, p. 147.

²⁴⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 84.

²⁴¹ Art. 20. “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; IV - exercer de forma abusiva posição dominante [...]”.

²⁴² SALOMÃO FILHO, Calixto. Obra citada, p. 85.

²⁴³ FORGIONI, Paula. Obra citada, p. 148.

²⁴⁴ Art. 21. “As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:”

²⁴⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. Obra citada, p. 85.

²⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**: comentários à lei n. 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 53-54.

(a) dar liberdade suficiente para o juiz na formulação de uma regra da razão dentro dos limites estabelecidos pelos princípios do art. 20, (b) dificultar, através da fixação dos princípios gerais (art. 10), a contestação constitucional da tipologia aberta que se estava criando, e (c) fornecer aos agentes econômicos suficiente segurança jurídica através da declaração expressa de um certo número –, ainda, [sic] que não fechado – de infrações puníveis (art. 21).²⁴⁷

Basta, portanto, que uma prática, correspondente ou não às hipóteses do artigo 21, importe na incidência de um inciso do artigo 20 para que seja considerada contrária à ordem econômica.

No entanto, essa condensação das hipóteses de ilícitos no artigo 20 acaba tornando impossível, numa interpretação literal, de a elas relacionar as condutas enumeradas no artigo 21, o que traz consequências negativas. A mais importante destas seria a necessidade de inserir todas essas condutas na hipótese mais ampla do artigo 20, contida em seu inciso I (concorrência desleal).²⁴⁸

Ao contrário do que ocorre na Europa e nos Estados Unidos, não há no Brasil a exigência legal da posição dominante do agente para que o ato seja considerado ilícito, sendo igualmente indiferentes a caracterização do acordo entre empresas ou da concentração, vez que basta a verificação dos objetivos e efeitos do artigo 20 da Lei nº 8.884/1994. Há situações, porém, em que a caracterização dessas hipóteses é importante e, segundo Paula Forgioni, deve ser realizada:

a) para determinar os agentes que devem ser responsabilizados (geralmente, em caso de acordo serão todos os agentes, e em caso de abuso de posição dominante, será apenas um); b) para sustentar a inexistência de infração à ordem econômica quando o pequeno poder da empresa não lhe der aptidão a prejudicar a livre iniciativa ou concorrência; c) na autorização para práticas restritivas da concorrência ou que possam resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços (art. 54, caput, da Lei nº 8.884/94), pois se infere da leitura do caput e do § 1º do artigo 54²⁴⁹ que o CADE não pode autorizar o aumento arbitrário

²⁴⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 85.

²⁴⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Idem*, p. 86-87 e 89.

²⁴⁹ Art. 54. “Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. § 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições: I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou

dos lucros e o abuso de posição dominante; d) para justificar a desnecessidade de submissão de concentrações de empresas ao CADE quando não restritivas à concorrência, mesmo que presentes os requisitos do § 3º do artigo 54 da Lei nº 8.884/1994;²⁵⁰⁻²⁵¹ e e) nos atos de “paralelismo consciente”, pois a prova do acordo entre os agentes é considerada de fundamental importância para comprovar ou negar que o comportamento paralelo tenha decorrido da concorrência regular.²⁵²

Calixto Salomão Filho aponta ainda outras situações em que essa distinção se faz necessária. Há hipóteses, como as dos incisos XX²⁵³ e XXI²⁵⁴ do artigo 21, que apenas serão ilícitas quando significarem abuso de poder econômico, pois um pequeno produtor não é capaz de influenciar o volume de produção de um mercado. Outros casos demandariam a aptidão do ato à dominação de mercados, como os acordos entre concorrentes, pois sem isso eles não poderiam atingir seu objetivo final, que é a posição equivalente à do monopólio.²⁵⁵ Ainda, há as práticas de concorrência desleal, que são ilícitas independentemente da posição e do poder do agente e não podem ser justificadas (como as previstas no inciso IX²⁵⁶ do artigo 21 e

usuários finais, de outro; III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.”

²⁵⁰ § 3º “Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).”

²⁵¹ A jurisprudência do CADE segue em sentido contrário, pois entende que todas as concentrações incidentes nesse dispositivo devem ser submetidas à sua apreciação. Em dois julgamentos recentes, os seguintes argumentos dos Conselheiros Relatores bastaram para justificar a submissão: “Os faturamentos de todos os grupos requerentes envolvidos nas operações foram superiores a R\$ 400 milhões no último exercício. Conheço, portanto, dos atos de concentração, por estarem subsumidos a hipótese do art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94.” (Ato de Concentração nº 08012.011068/2007-71. Relator Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Julgado em 28/07/2008);

“O presente ato de concentração tem sua admissibilidade prevista no § 3º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, em razão do faturamento do Grupo Blackstone, no Brasil, em 2007.” (Ato de Concentração nº 08012.002156/2008-63. Relator Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 07/05/2008).

²⁵² FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 150-152.

²⁵³ Art. 21, XX - “interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada;”

²⁵⁴ Art. 21, XXI - “cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;”

²⁵⁵ George Ripert define monopólio, sinteticamente, como a supressão ou limitação da concorrência. (**Aspectos jurídicos del capitalismo moderno**, p. 178).

²⁵⁶ Art. 21. IX - “utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;”

no artigo 195 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, o Código da Propriedade Industrial), pois atentam contra a própria existência de competição.²⁵⁷

A garantia contra a concorrência desleal, segundo Calixto Salomão Filho, é “uma garantia sistêmica da ordem concorrencial”, pois, além de evitar a concentração e a monopolização, “só com a preservação desses padrões mínimos [de comportamento leal] o mercado será capaz de transmitir informações verdadeiras aos consumidores a respeito de qualidade e preço dos produtos”.²⁵⁸

Acerca dos sujeitos ativos da lei antitruste, a lei europeia refere-se simplesmente às “empresas” (artigo 81 do Tratado da Comunidade Europeia). Isso acarretou uma trabalhosa construção jurisprudencial para se poder vir a afirmar que de fato faz referência a qualquer forma de organização da produção para o desenvolvimento de uma atividade.²⁵⁹

A Lei nº 8.884/1994, por sua vez, evitou a discussão ao disciplinar que “qualquer um que possa praticar um ato restritivo da concorrência deverá ser atingido pelas disposições da lei, ainda que a atividade não tenha fins lucrativos”,²⁶⁰ conforme se depreende de seu artigo 15.²⁶¹ Incluem-se, portanto, todos aqueles sujeitos que exerçam influência sobre o mercado, independentemente de sua origem.²⁶²

Exceção deve ser feita à Administração Pública, quando no desempenho de suas funções e na implementação de políticas públicas. Em outras palavras, apenas a Administração Indireta, ao explorar atividades econômicas em sentido estrito, está sujeita às limitações da Lei Antitruste, tal como os particulares,²⁶³ pois neste caso o mercado relevante “conta com agentes estatais dotados de apreciável poder e que não podem ser desconsiderados”.²⁶⁴

²⁵⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 87-88.

²⁵⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. Obra citada, p. 88.

²⁵⁹ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 155-156.

²⁶⁰ FORGIONI, Paula. *Idem*, p. 157.

²⁶¹ Art. 15. “Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.”

²⁶² SALOMÃO FILHO, Calixto. Obra citada, p. 67. Paula Forgioni cita como exemplo as ordens profissionais (Obra citada, p. 156-157).

²⁶³ FORGIONI, Paula. Obra citada, p. 158.

²⁶⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Obra citada, p. 64.

Outra influência da tradição europeia é a caracterização, no artigo 20 da Lei nº 8.884/1994, do ilícito concorrencial pelos efeitos potenciais a serem produzidos pelo ato. Este ato, para a Lei Concorrencial, não precisa ser o ato jurídico, capaz de gerar efeitos vinculantes. Mesmo os atos puramente morais, nulos de pleno direito, inválidos, ineficazes, ou juridicamente inexistentes são regulados pela Lei Antitruste, caso possuam uma das potencialidades do artigo 20.²⁶⁵

Portanto, é igualmente irrelevante para a Lei nº 8.884/1994 a existência ou não de culpa ou dolo do agente. A doutrina convencionou chamar esta situação de responsabilidade objetiva, mas Fábio Ulhoa Coelho afirma tratar-se de uma transposição de um conceito do direito civil para o direito antitruste, a ser feita com a cautela de que seu fundamento está na posição econômica do agente, que lhe permite socializar as repercussões do dano, enquanto no direito antitruste a infração à ordem econômica será sempre um ato ilícito. Existe, a rigor, a mera semelhança da desconsideração da culpa.²⁶⁶

Infere-se do mesmo artigo 20 que a forma do ato é irrelevante para a Lei Antitruste. Os atos lesivos podem ser manifestados sob qualquer forma: “simples trocas de informações, cartas de intenção, ou mesmo acordos de cavalheiros (*gentleman's agreements*) podem caracterizar-se como atentatórios à ordem econômica, se acarretarem a incidência do art. 20”.²⁶⁷

²⁶⁵ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 159-160.

²⁶⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**: comentários à lei n. 8.884/94, p. 54-55.

²⁶⁷ FORGIONI, Paula. Obra citada, p. 160.

4 CONCENTRAÇÕES ENTRE AGENTES ECONÔMICOS

Ao proceder ao controle de uma operação de concentração, a autoridade antitruste analisa a possibilidade de geração de prejuízos à concorrência capazes de afetar o desenvolvimento das estruturas competitivas dos mercados. Por isso, essa análise implica a determinação, em primeiro lugar, do mercado em que operam as partes e, em segundo lugar, dos efeitos da operação nesse mercado.²⁶⁸

4.1 DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE

Segundo Garrigues, a determinação do mercado relevante (ou mercado em causa)²⁶⁹ e do poder de mercado de um agente é indispensável para a aplicação da lei antitruste a todas as áreas do direito concorrencial. É “a pedra de toque do direito concorrencial”, no dizer de Rachel Sztajn e Marcos Paulo de Almeida Salles.²⁷⁰ Isso se verifica, em especial, no controle das concentrações, cujo principal objetivo é evitar a criação ou o reforço da posição dominante de um agente econômico num determinado mercado.²⁷¹

Apesar de falar-se em proteção da concorrência no “mercado”, existem diversos e distintos mercados, nos quais concorrem as empresas que se dedicam ao comércio de produtos ou serviços iguais ou similares em determinada área geográfica: os mercados relevantes.²⁷² Por isso, Fábio Ulhoa Coelho afirma que “a noção de posição dominante é relativa e somente tem sentido com a concreta definição geográfica e material do mercado em que essa dominância se releva.”²⁷³

O mercado relevante é definido como “um espaço circunscrito, em que produtos ou serviços concorrem entre si. A essas duas dimensões – geográfica e de produto (ou serviço) – soma-se uma qualidade: a de serem reciprocamente

²⁶⁸ GARRIGUES, J. *et al.* **Apuntes de derecho de la competencia comunitario y español**, p. 200.

²⁶⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**: comentários à lei n. 8.884/94, p.57.

²⁷⁰ SZTAJN, Raquel; SALLES, Marcos Paulo de Almeida. **Regulação e concorrência no sistema financeiro**, p. 46.

²⁷¹ GARRIGUES, J. *et al.* Obra citada, p. 37 e 39. No mesmo sentido: FERRAZ, Sérgio. Atos de concentração e mercado relevante. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, n. 1, p. 343-359, janeiro-março de 2003, p. 344-345.

²⁷² GARRIGUES, J. *et al.* Obra citada, p. 37.

²⁷³ COELHO, Fábio Ulhoa. Obra citada, p. 58.

substituíveis os produtos ou serviços que concorrem naquele espaço”.²⁷⁴ Sua delimitação é indispensável para a configuração das hipóteses do artigo 20 da Lei nº 8.884/1994, visto que elas “*somente existem em concreto, ou seja, se referidas a um determinado mercado: ao mercado relevante*”.²⁷⁵

Por isso, antes de examinar se um ato restringe a concorrência, é necessário definir o mercado relevante. Os critérios para sua identificação quando da aplicação das normas concorrenciais são essencialmente os mesmos, não importando se a norma a ser aplicada refere-se às concentrações ou às condutas.²⁷⁶ A diferença nos resultados obtidos pela aplicação de cada um dos tipos de normas concorrenciais é consequência dos distintos momentos temporais em que um mesmo setor econômico pode ser avaliado: nas normas aplicáveis às concentrações, verifica-se o impacto da operação num mercado prospectivo, enquanto nas aplicáveis às condutas volta-se à configuração do mercado no momento em que o ato é realizado.²⁷⁷

A definição do mercado relevante deve passar “*pela identificação das relações (concretas, ainda que potenciais) de concorrência de que participa o agente econômico*”.²⁷⁸ Tem seu início, portanto, com a identificação das alternativas reais de fornecimento disponíveis aos clientes de determinada empresa, a partir de três fatores: a substituíbilidade da demanda, a substituíbilidade da oferta e a concorrência potencial.²⁷⁹⁻²⁸⁰

A substituíbilidade da demanda é a possibilidade de, diante de uma variação pequena e permanente dos preços, os clientes de uma empresa buscarem bens substitutos ou fornecedores de outro local. A substituíbilidade da oferta existe quando uma terceira empresa possa vir a produzir e vender o mesmo produto em curto prazo e sem um aumento significativo dos custos. A concorrência potencial,

²⁷⁴ FERRAZ, Sérgio. **Atos de concentração e mercado relevante**, p. 345.

²⁷⁵ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 231. (grifos da autora).

²⁷⁶ Embora fique a ressalva de Paula Forgioni de que “não há uma fórmula matemática para a determinação do mercado relevante, mas apenas *métodos* que acabam por nos fornecer *indicativos* que, utilizados de forma conjugada, auxiliam nessa ingrata tarefa”. (*Idem*, p. 232. Grifos da autora).

²⁷⁷ GARRIGUES, J. *et al.* **Apuntes de derecho de la competencia comunitario y español**, p. 38-40.

²⁷⁸ FORGIONI, Paula. Obra citada, p. 232. (grifos da autora).

²⁷⁹ GARRIGUES, J. *et al.* Obra citada, p. 40.

²⁸⁰ Embora Calixto Salomão Filho apenas faça referência aos dois primeiros, afirma que eles devem ser analisados numa perspectiva dinâmica que abranja a projeção dos efeitos de um eventual aumento de preços, ou seja, a concorrência potencial. (**Direito concorrencial**: as estruturas, p. 108).

por sua vez, apesar de não servir para definir o mercado relevante, serve como indicador do poder de mercado do agente e das condições de acesso ao mercado.²⁸¹

Em seguida, a definição do mercado relevante é feita em duas etapas: a determinação do mercado dos produtos (ou material, ou substancial) e a determinação do mercado geográfico.²⁸²

Calixto Salomão Filho adiciona, ainda, uma dimensão temporal, que se integra às dimensões material e geográfica, em razão de referir-se à existência ou à criação de barreiras à entrada.²⁸³ Estas permitem “verificar que efeitos futuros a situação criada em função da concentração terá sobre os concorrentes e (indiretamente) sobre os consumidores”.²⁸⁴ Caso um ato restritivo da concorrência, em especial uma concentração econômica, possa aumentar substancialmente o poder de um agente em relação aos demais concorrentes, a existência de barreiras à entrada serve como elemento catalisador desse poder capaz de tornar provável a dominação do mercado.²⁸⁵

As barreiras podem ser artificiais ou naturais. As barreiras artificiais são as criadas por um agente para impedir a entrada de concorrentes. Dividem-se em dois tipos: o impedimento do acesso dos concorrentes aos fornecedores ou aos distribuidores; e a influência sobre os gostos dos consumidores. As barreiras naturais são as vantagens de escala, a diferenciação entre produtos, o elevado investimento inicial, e os custos irrecuperáveis (*sunk costs*).²⁸⁶

O mercado dos produtos abrange os produtos e serviços considerados substituíveis sob o ponto de vista do consumidor, determinados através de seus preços, de suas qualidades, das preferências dos consumidores, das diferentes

²⁸¹ GARRIGUES, J. *et al.* **Apuntes de derecho de la competencia comunitario y español**, p. 40-41.

²⁸² COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**: comentários à lei n. 8.884/94, p. 58.

²⁸³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 108. O CADE definiu a abrangência da dimensão temporal de modo pragmático: “A terceira é a dimensão temporal da substituição, que incide sobre as outras duas dimensões, a de produtos e a geográfica. Neste aspecto deve-se considerar toda e qualquer empresa que tenha condições de concorrer em um período inferior a um ano.” (Ato de Concentração nº 08012.006976/2001-58. Relator Conselheiro Cleveland Prates Teixeira. Julgado em 17/12/2003).

²⁸⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Obra citada, p. 185.

²⁸⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Idem*, p. 185-189.

²⁸⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Idem*, p. 187 e 189-190.

categorias de clientes e das barreiras e custos de uma efetiva substituição. Aplica-se, portanto, os critérios da substituíbilidade da demanda e da oferta.²⁸⁷

Pelo critério da substituíbilidade da demanda, integram um mesmo mercado relevante os produtos considerados fungíveis pelo consumidor.²⁸⁸ Para tanto, a diferença de preços entre os produtos deve ser equivalente à diferença de qualidade entre eles.²⁸⁹ Nas palavras de Paula Forgioni, isso pode ser constatado “quando o aumento no preço de um deles conduz ao aumento da procura do(s) outro(s) (fenômeno da *elasticidade cruzada* ou *cross elasticity*)”.²⁹⁰⁻²⁹¹

Do lado da substituíbilidade da oferta, deve-se analisar a quantidade de produção substituta a ser incluída no mercado relevante caso ele venha a se tornar mais lucrativo para os produtores de outros bens. Para Calixto Salomão Filho, quando inexistentes barreiras à entrada, o mais adequado seria incluir no mercado relevante a totalidade da capacidade ociosa do agente produtivo e apenas a possibilidade de entrada da capacidade produtiva em uso.²⁹²⁻²⁹³

²⁸⁷ GARRIGUES, J. *et al.* **Apuntes de derecho de la competencia comunitario y español**, p. 42-45.

²⁸⁸ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 241.

²⁸⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 114.

²⁹⁰ FORGIONI, Paula. Obra citada, p. 242. (grifos da autora).

²⁹¹ O CADE utilizou esse critério para separar os mercados relevantes dos chocolates, balas, drops e gomas: “são quatro segmentos de confeitos bastante diferentes entre si: nos hábitos e nas formas de consumo, quanto à funcionalidade etc. Uma criança, ou um jovem compra um chiclete de bola porque quer fazer uma bola, e isso, ela não pode fazer com um biscoito, pirulito ou bala. As gomas atendem primordialmente ao desejo, ao secular hábito de mascar. Para as crianças, a principal motivação para o consumo de chiclete é o ato de brincar, no amplo sentido do termo. Um grande atrativo são as figurinhas.” (Ato de Concentração nº 08012.012223/1999-60. Relator Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer. Julgado em 04/09/2002).

²⁹² SALOMÃO FILHO, Calixto. Obra citada, p. 117-119.

²⁹³ Ainda no caso dos confeitos supra referido, entendeu o CADE que “não existe possibilidade de que os equipamentos e as principais matérias primas utilizadas na fabricação de uma das categorias de produto sejam simultaneamente utilizados ou convertidos para a produção de outra categoria, sem custos significativos e em curto espaço de tempo.”

No Ato de Concentração nº 08012.011068/2007-71, o CADE aplicou ambos os critérios para deliberar que cada derivado do petróleo constitui um mercado relevante próprio: “Convém frisar, de início, que a tecnologia e os equipamentos utilizados em cada unidade petroquímica não são flexíveis nem facilmente adaptáveis ao processamento de outros produtos. Nas centrais petroquímicas, mais especificamente, o craqueamento do nafta dá origem a uma gama de produtos derivados, não sendo possível flexibilizar uma central para produzir um único produto. Em regra, portanto, não há, pelo lado da oferta, substituíbilidade [sic] entre os produtos fornecidos pelas centrais petroquímicas ou pelas demais unidades produtoras da cadeia. Por outro lado, cada petroquímico básico é utilizado de forma específica na fabricação de produtos de segunda geração com diferentes aplicações na cadeia petroquímica, de modo que também não há, em regra, substituíbilidade entre os produtos pelo lado da demanda. Sob a ótica do produto, portanto, cada petroquímico citado constitui, a princípio, um mercado relevante distinto.” (Ato de Concentração nº 08012.011068/2007-71. Relator Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Julgado em 28/07/2008).

O mercado geográfico pode ser local, regional, nacional, supranacional ou mundial. É a zona geográfica onde as empresas desempenham suas atividades em condições de concorrência relativamente homogêneas e onde eventuais diferenças dessas condições não impedem o acesso às empresas situadas em áreas distintas.²⁹⁴ Nas palavras de Paula Forgioni, “é o espaço físico onde se desenvolvem as relações de concorrência que são consideradas”, é uma região delimitada, dentro da qual um eventual aumento de preços por parte do agente não ocasione uma perda considerável de clientes nem a entrada de concorrentes de fora da região.²⁹⁵

O principal fator a ser considerado é a substituíbilidade da demanda. Através da análise das preferências e hábitos de compra dos consumidores de distintas áreas geográficas, das diferenças entre os produtos e de eventuais obstáculos, é possível saber se empresas de áreas distintas representam verdadeiras alternativas aos consumidores face aos custos ocasionados pela distância.²⁹⁶

4.2 PODER ECONÔMICO E POSIÇÃO DOMINANTE

Apenas após a definição do mercado relevante, e com base nele, é que se poderá averiguar o poder dos agentes sujeitos à aplicação da normativa antitruste nesse segmento da atividade econômica.²⁹⁷ É o que se depreende dos artigos 20, §

Já no caso Nestlé-Garoto, o CADE utilizou ambos os critérios para definir que “os produtos (i) balas e confeitos sem chocolates, (ii) coberturas de chocolates, (iii) achocolatados e (iv) chocolates sob todas as formas, excluindo os chocolates artesanais, devem ser definidos como os relevantes para a análise dos efeitos concorrenciais da operação”. (Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Relator Conselheiro Thompson Almeida Andrade. Julgado em 04/02/2004).

²⁹⁴ GARRIGUES, J. *et al.* **Apuntes de derecho de la competencia comunitario y español**, p. 42 e 45.

²⁹⁵ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 233-234. No ato de concentração nº 08012.001235/2005-12, tendo em vista que 99% do minério de ferro utilizado pela indústria siderúrgica brasileira é produzido no Brasil, o CADE, por entender que “o Sistema Norte (localizado em Carajás, no Pará) e o Sistema Sul (localizado no Quadrilátero Ferrífero, em Minas Gerais) são independentes em função de questões logísticas”, limitou o mercado relevante do minério de ferro à Região Sudeste, ou Sistema Sul. (Ato de Concentração nº 08012.001235/2005-12. Relator Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Julgado em 01/02/2006).

²⁹⁶ GARRIGUES, J. *et al.* Obra citada, p. 45-46. No ato de concentração supra referido, o CADE utilizou o critério da substituíbilidade da demanda para estabelecer o mercado geográfico das placas de aço como sendo mundial: “Quanto ao mercado geográfico das placas de aço, a SEAE indica que tal produto, atualmente, quase não é comercializado no mercado interno, destinando-se, pela sua qualidade de produto semi-acabado, ao mercado externo, motivo pelo qual define-se o mercado relevante geográfico deste produto como sendo mundial”.

²⁹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**: comentários à lei n. 8.884/94, p. 59.

3º, e 54, § 3º, da Lei nº 8.884/1994, ao referirem-se à expressão “mercado relevante”.²⁹⁸

Segundo Garrigues, a dimensão do poder das empresas que tomam parte numa concentração é determinante para que uma operação seja ou não autorizada pela autoridade antitruste.²⁹⁹ Deve-se ressaltar, no entanto, que, no Brasil, a posição dominante não é punida como um ilícito em si, pois o artigo 20, § 1º, da Lei nº 8.884/1994,³⁰⁰ consagra a vantagem competitiva do agente econômico:³⁰¹ a posição dominante adquirida naturalmente por conta da maior eficiência do agente não caracteriza o ilícito do inciso II do *caput* desse artigo, mesmo que signifique a formação de um monopólio ou a eliminação da concorrência.³⁰² Ilícita, portanto é a aquisição de poder econômico por meio de concentrações, acordos e fraudes.³⁰³

Calixto Salomão Filho define o poder de mercado como “a possibilidade de escolher entre essas diferentes alternativas: grande participação no mercado e menor lucratividade ou pequena participação e maior lucratividade”.³⁰⁴

Já para Paula Forgioni, “a posição dominante é decorrência e, ao mesmo tempo, se identifica com o poder detido, pelo agente, no mercado, que lhe assegura a possibilidade de atuar um comportamento independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeável às leis de mercado.”³⁰⁵

O poder do detentor de posição dominante faz com que lhe seja irrelevante a existência ou o comportamento dos concorrentes, de modo a lhe permitir adotar o comportamento típico de um monopolista (aumentar preços, diminuir a qualidade dos produtos e impor práticas aos demais agentes).³⁰⁶

²⁹⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 107.

²⁹⁹ GARRIGUES, J. *et al.* **Apuntes de derecho de la competencia comunitario y español**, p. 48.

³⁰⁰ § 1º “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.”

³⁰¹ Ao mesmo tempo, a autoridade antitruste exercerá uma maior vigilância sobre esses agentes. Cf. FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 348.

³⁰² MAGALHÃES, José Carlos; SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. A concentração de empresas e a competência do CADE, **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 113, p. 30-43, janeiro-março de 1999, p 33 e 42.

³⁰³ FORGIONI, Paula. Obra citada, p. 319-320.

³⁰⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Obra citada, p. 93.

³⁰⁵ FORGIONI, Paula. Obra citada, p. 318. (grifos da autora).

³⁰⁶ FORGIONI, Paula. *Idem*, p. 314-316.

Uma de suas principais manifestações, apontada por Calixto Salomão Filho como a própria definição neoclássica do poder de mercado, está na possibilidade de aumentar os preços acima dos níveis competitivos, através da redução da oferta.³⁰⁷ Outra de suas características é a ausência de riscos: o agente monopolista pode cometer falhas estratégicas sem que os demais concorrentes possam delas se aproveitar. O poder econômico, assim, é visto como *potestas*, pois implica a sujeição de todos os agentes do mercado ao seu detentor.³⁰⁸

Garrigues aponta os seguintes critérios para a determinação do poder de mercado: as cotas de mercado, a capacidade financeira, a integração vertical, o “efeito carteira”, o poder compensatório, as barreiras à entrada, a fase do mercado e a concorrência potencial.³⁰⁹

O critério das cotas de mercado (*market share*) serve para descobrir a posição do agente no mercado relevante a partir da comparação de suas vendas (e não da produção) com as dos seus competidores, no exercício anterior. A Lei Antitruste brasileira adota este critério como de presunção *iuris tantum* da posição dominante do agente, através dos parágrafos 2º e 3º de seu artigo 20, quando o agente controla 20% do mercado relevante.³¹⁰

A capacidade financeira (potência econômica)³¹¹ é verificada a partir dos recursos financeiros e da dimensão da empresa, bem como de sua eventual participação num grupo de sociedades. É um critério de grande importância no controle das concentrações, pois elas podem aumentar o poder econômico e financeiro das empresas que se concentram, reforçando suas posições no mercado.³¹²

A integração vertical (estrutura avançada da empresa)³¹³ é a possibilidade de uma mesma empresa fabricar, transportar e vender seus produtos ao consumidor. Apesar de não aumentar diretamente seu poder no mercado relevante,

³⁰⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 61 e 92.

³⁰⁸ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 316-317.

³⁰⁹ GARRIGUES, J. *et al.* **Apuntes de derecho de la competencia comunitario y español**, p. 48-53.

³¹⁰ FORGIONI, Paula. Obra citada, p. 332-333. No mesmo sentido, COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**: comentários à lei n. 8.884/94, p. 59.

³¹¹ FORGIONI, Paula. Obra citada, p. 342.

³¹² GARRIGUES, J. *et al.* Obra citada, p. 50-51.

³¹³ FORGIONI, Paula. Obra citada, p. 343.

reduz a possibilidade de entrada de concorrentes. O “efeito carteira” é a capacidade de um agente de oferecer toda a gama de produtos complementares que geralmente são adquiridos por um mesmo cliente,³¹⁴ de maneira a obter uma grande vantagem competitiva.³¹⁵

O poder compensatório existe quando a um fornecedor com grande participação no mercado se contrapõe um comprador bem informado e com poder de compra relevante, de modo a relativizar o poder adquirido com a concentração do mercado. As barreiras à entrada dificultam o acesso de novos concorrentes. Podem decorrer de lei, ou das necessidades de economias de escala, de grandes investimentos, ou de acesso a redes de distribuição.³¹⁶

As fases do mercado (grau de crescimento do setor)³¹⁷ em muito influenciam o poder de mercado. Se a demanda é crescente, o poder de mercado deve ser relativizado, pois novos concorrentes entram no mercado e todos competem para aumentar suas fatias. O mesmo ocorre se a demanda é decrescente, pois ela leva à substituição de produtos e à competição a nível de preços. Por fim, a concorrência potencial existe quando inexistem obstáculos à entrada em um determinado mercado, o que faz com que o agente nele inserido considere tanto a concorrência real, quanto a potencial, de modo a reduzir a possibilidade de explorar seu potencial econômico em detrimento do interesse geral.³¹⁸

Paula Forgioni indica, ainda, os critérios da dependência dos consumidores e fornecedores, das vantagens tecnológicas e do aspecto temporal. O primeiro leva à diminuição da fungibilidade dos produtos para o consumidor, e do poder de barganha do fornecedor. A vantagem tecnológica apenas gera posição dominante se não puder ser superada pela obsolescência da tecnologia detida com exclusividade pelo agente. E o aspecto temporal, enfim, refere-se à possibilidade de a superioridade da parcela de mercado detida ser meramente esporádica.³¹⁹⁻³²⁰

³¹⁴ “La capacidad de un operador para ofrecer toda la gama o cartera de productos complementarios que generalmente son adquiridos por un mismo cliente (en el mismo mercado o en mercados vecinos) constituye otro factor relevante para determinar su poder de mercado” (GARRIGUES, J. *et al.* **Apuntes de derecho de la competencia comunitario y español**, p 51).

³¹⁵ GARRIGUES, J. *et al.* *Idem, ibidem*.

³¹⁶ GARRIGUES, J. *et al.* *Idem*, p. 51-52.

³¹⁷ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 344.

³¹⁸ GARRIGUES, J. *et al.* *Obra citada*, p. 52-53.

³¹⁹ FORGIONI, Paula. *Obra citada*, p. 341 e 343-345.

4.3 CONTROLE DAS CONCENTRAÇÕES

John Kenneth Galbraith afirma que “as empresas produtoras e a indústria fazem tudo para estabelecer preços e definir a procura, e empregam, para isso, o monopólio, o oligopólio” e outros meios.³²¹ As normas concorrenciais, em resposta, intervêm no campo das concentrações justamente para evitar que o desaparecimento de determinados competidores prejudique as estruturas competitivas de determinado mercado.³²²

A ideia de concentração econômica remete à centralização da riqueza em poucas mãos. Refere-se, portanto, ao “aumento do poder econômico de um ou mais agentes que atuam no mercado relevante”.³²³

Este conceito poderia abranger os acordos entre empresas, pois as vantagens por eles geradas aumentam o poder econômico dos agentes que os praticam.³²⁴ Todavia, predomina no direito antitruste a identificação do conceito de concentração com as situações em que os agentes perdem suas autonomias ou constituem nova sociedade ou grupo econômico.³²⁵

Assim, Nuno T. P. Carvalho define concentração de empresas como “todo ato de associação empresarial, seja por meio da compra parcial ou total dos títulos representativos de capital social (com direito a voto ou não), seja através da aquisição de direitos e ativos, que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial”.³²⁶

De forma semelhante, Garrigues afirma que haverá concentração sempre que uma operação econômica modifique, de fato ou de direito, de forma permanente, a estrutura das empresas participantes.³²⁷ Como resultado dessa

³²⁰ Sobre as teorias econômicas e econométricas acerca da determinação da existência do poder no mercado, vide: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 99 a 107.

³²¹ GALBRAITH, John Kenneth. **A economia das fraudes inocentes**: verdades para o nosso tempo, p. 23.

³²² GARRIGUES, J. *et al.* **Apuntes de derecho de la competencia comunitario y español**, p. 191.

³²³ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 464.

³²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**: comentários à lei n. 8.884/94, p. 126.

³²⁵ FORGIONI, Paula. Obra citada, p. 464-465.

³²⁶ CARVALHO, Nuno T. P. **As concentrações de empresas no direito antitruste**, p. 91-92. *Apud* FORGIONI, Paula. Obra citada, p. 466.

³²⁷ “*Con carácter general, existirá concentración siempre que se produzca una modificación permanente de la estructura de las empresas participantes, pudiendo ésta producirse de iure o de facto*”. (Obra citada, p. 193).

modificação, “é fundamental que as empresas possam ser consideradas como um único agente do ponto de vista econômico *para todas as operações por elas realizadas*” (grifos do autor), pelo que deve haver um único centro emissor das decisões empresariais mais relevantes.³²⁸

Paula Forgioni expõe que os objetivos ou efeitos pretendidos pelas concentrações econômicas são: neutralizar a concorrência entre os agentes, de modo a atingir ou manter a posição monopolística sem ganho de eficiência; viabilizar economias de escala e melhor aproveitamento de recursos; adquirir mão de obra especializada, patentes e privilégios; preservar a continuidade das atividades da empresa adquirida (em caso de falecimento ou conflitos entre sócios); economias tributárias; investimento de capital; estratégia empresarial; e diminuição de riscos da atividade.³²⁹

Assim, o controle concorrencial desempenhado pelas autoridades antitruste tem por objetivo impedir a concretização dos perigos associados às operações de concentração e incentivar o crescimento interno da empresa.³³⁰ Ou seja, trata-se de evitar “uma alteração duradoura da estrutura dos mercados, com os efeitos nocivos associados à aquisição ou reforço do poder de mercado das empresas envolvidas [...], bem como à redução da incerteza quanto ao comportamento dos participantes” (quanto menor a incerteza, mais fáceis as colusões).³³¹

4.3.1 Espécies de concentrações e seus efeitos anticoncorreciais

As concentrações econômicas são classificadas em três categorias: concentração horizontal, que ocorre entre concorrentes; concentração vertical, que envolve empresas de diferentes níveis do processo produtivo que mantêm relações comerciais entre si como compradora e fornecedora; e formação de conglomerados,

³²⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 267-268.

³²⁹ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 470-472. Carolina Cunha classifica os motivos das concentrações em motivos especulativos, motivos de estratégia empresarial, motivos defensivos, motivos publicitários e motivos fiscais. (CUNHA, Carolina. **Controlo das concentrações de empresas**: direito comunitário e direito português. Coimbra: Almedina, 2005, p. 29-30).

³³⁰ PROENÇA, José Marcelo Martins. Artigos 54 a 57. In: COSTA, Marcos; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coord.). **Direito concorrencial**: aspectos jurídicos e econômicos: comentários à Lei nº 8.884/94 e estudos doutrinários. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 371-406, p. 393-395.

³³¹ CUNHA, Carolina. Obra citada, p. 33.

que abrange concentrações entre agentes que desempenham atividades sem qualquer conexão entre si.³³²

4.3.1.1 Concentrações horizontais

As concentrações horizontais costumam ter por objetivo “o desenvolvimento de processos produtivos de modo mais razoável, escalas de economia e outras eficiências operacionais”.³³³ São realizadas entre firmas contidas numa mesma definição de mercado relevante, ou seja, entre concorrentes diretas.³³⁴ Seu limite, segundo Salomão Filho, está na concorrência potencial: quando o aumento de preços necessário para incluir um concorrente é maior do que o utilizado para definir o mercado relevante, entende-se que há uma concentração conglomerada.³³⁵

Esta é a forma de concentração econômica menos incentivada pelo nosso sistema, pois, além de gerar o desaparecimento de um ou mais agentes econômicos do mercado (gerando um prejuízo concorrencial imediato e evidente)³³⁶ e aumentar a probabilidade de formação de posições de poder econômico, sua principal alternativa é justamente o crescimento interno, estimulado em razão de originar-se da eficiência produtiva e da partilha efetiva de seus resultados com os consumidores.³³⁷

Diante disso, a preferência pela concentração horizontal apenas tem maior tendência a ser admitida quando demonstrada a inviabilidade do crescimento interno. Isto ocorre, basicamente, quando a demanda num mercado é estável ou decrescente (pois o crescimento interno de uma empresa também significará a saída de outra) e quando o aumento de escala necessário para atingir um patamar eficiente for muito expressivo.³³⁸

³³² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 300.

³³³ PROENÇA, José Marcelo Martins. **Artigos 54 a 57**, p. 378.

³³⁴ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 467.

³³⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. Obra citada, p. 301.

³³⁶ Cf. PROENÇA, José Marcelo Martins. Obra citada, p. 378. No mesmo sentido, CUNHA, Carolina. **Controlo das concentrações de empresas**: direito comunitário e direito português, p. 31-32.

³³⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Obra citada, p. 302.

³³⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 302-303.

4.3.1.2 Concentrações verticais

A concentração é dita vertical quando “os participantes desenvolvem suas atividades em mercados relevantes ‘a montante’ ou ‘a jusante’, ou seja, concatenados no processo produtivo ou de distribuição do produto”.³³⁹ Seus principais objetivos são a independência tecnológica e a internalização de atividades estratégicas, como meios de maximizar lucros, diminuir custos, aumentar a produtividade, controlar a qualidade da produção, adequar o fornecimento de matéria-prima, desenvolver novas tecnologias, aumentar a eficiência na distribuição, ou melhorar o contato com o consumidor.³⁴⁰

A necessidade de controle das concentrações verticais é controversa na doutrina. Aqueles que entendem que elas são uma potencial ameaça à concorrência têm como principal argumento “a possibilidade de criar dificuldades ao funcionamento do concorrente, tolhendo-lhe as fontes de matéria prima ou os canais de distribuição”. A Escola de Chicago rebate o argumento com a afirmação de que basta o controle horizontal, pois tal risco só existe quando há barreiras à entrada e um dos agentes envolvidos na concentração já tem poder econômico no seu mercado relevante horizontal, pois, do contrário, os concorrentes poderiam buscar outros produtores.³⁴¹

Segundo Calixto Salomão Filho, os teóricos de Chicago esquecem-se de que a justificativa do controle da concentração vertical não está no aumento do poder no mercado e sim nas consequências do ato de concentração em si. A primeira delas é a exclusão potencial dos concorrentes através de barreiras à entrada, pois num mercado horizontalmente concentrado, os concorrentes potenciais deverão entrar nos dois mercados para poderem concorrer. Já nos mercados oligopolizados, uma primeira concentração vertical pode desencadear um processo concentrativo que leva à integração de boa parte dos demais concorrentes. Outra possível consequência seria a facilitação da cartelização do mercado: um grupo de vendedores pode adquirir um grande comprador para eliminar custos de transação.³⁴²

³³⁹ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 467.

³⁴⁰ PROENÇA, José Marcelo Martins. **Artigos 54 a 57**, p. 376.

³⁴¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**, p. 307-308.

³⁴² SALOMÃO FILHO, Calixto. Obra citada, p. 308-312.

Dessa forma, o controle preventivo das concentrações verticais é indispensável, pois elas significam potenciais ameaças à ordem econômica, mesmo quando apresentam graus de concentração (em um ou ambos os níveis horizontais) inferiores aos necessários à submissão das concentrações horizontais a controle administrativo.³⁴³

Esse tipo de concentração não costuma criar economias de escala. A eficiência que cria está na eliminação dos custos de transação, ou seja, dos “custos de realizar uma transação no mercado ao invés de realizá-la no interior da empresa”, que decorrem das incertezas quanto à definição do preço e da qualidade do produto.³⁴⁴

Todavia, essa eliminação dos custos de transação significa uma enorme assimetria de informação que pode servir para prejudicar consumidores e concorrentes, elidir uma eventual regulamentação estatal de preços e para evitar as autoridades de defesa da concorrência.³⁴⁵ Por isso, a concentração vertical só deve ser autorizada quando as transações externas gerarem um custo capaz de impedir uma operação econômica e os resultados dela decorrentes forem benéficos aos interesses do consumidor.³⁴⁶

4.3.1.3 Formação de conglomerados

Os conglomerados são definidos de forma residual, como “toda integração entre empresas que não pode ser classificada como concentração horizontal ou vertical”.³⁴⁷ Sua principal razão econômica é a diversificação da produção e consequente redução de riscos pela compensação das perdas no mercado de um produto com os ganhos em outro.³⁴⁸

³⁴³ Por essa razão, Calixto Salomão Filho elogia a adoção do critério do faturamento, ao lado do da participação, pelo artigo 54, parágrafo 3º, da Lei nº 8.884/1994. (**Direito concorrencial: as estruturas**, p. 312). No mesmo sentido, PROENÇA, José Marcelo Martins. **Artigos 54 a 57**, p. 377-378.

³⁴⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Obra citada, p. 314-315.

³⁴⁵ CUNHA, Carolina. **Controlo das concentrações de empresas**, p. 32.

³⁴⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. Obra citada, p. 316-317.

³⁴⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Idem*, p. 318.

³⁴⁸ PROENÇA, José Marcelo Martins. Obra citada, p. 379.

Grande parte da doutrina contesta a necessidade de controle de sua formação, pois, como se trata de empresas em mercados que não se relacionam, não haveria perigo para a ordem concorrencial. Mesmo assim, são submetidas a controle pela lei brasileira através do critério do faturamento (art. 54, § 3º). As situações mais frequentes são as de formação de um poder de mercado semelhante às concentrações horizontais e verticais.³⁴⁹

O primeiro caso envolve concorrentes potenciais ou produtores de bens potencialmente substitutos (não integrantes, portanto, de um mesmo mercado relevante, embora possam vir a integrá-lo). Caracteriza-se pelo encontro de um elemento objetivo – a presunção de entrada iminente no mercado de uma empresa que possua vantagens comparativas ou de custos para fazê-lo – com um elemento subjetivo – a influência no comportamento dos agentes de um mercado gerada pela efetiva possibilidade entrada de um novo concorrente – somados à existência de barreiras à entrada e de todas as condições de ilicitude das concentrações horizontais. Evidente, portanto, a dificuldade de verificação prática da hipótese.³⁵⁰

A segunda possibilidade aproxima-se das concentrações verticais. Busca evitar os riscos da situação do *reciprocal dealing*, em que um concorrente adquire o produtor de insumos de seu fornecedor, de modo a produzir sobre ele uma grande pressão, tal como a vinculação das compras à aquisição de insumos da empresa adquirida (venda casada, ou *tying arrangement*). Entretanto, como essa possibilidade não pode ser presumida, a disciplina de sancionamento mais adequada é a comportamental.³⁵¹

Existe também a hipótese da concentração conglomerada pura, realizada entre empresas pertencentes a ramos completamente distintos, sem possibilidade de virem a relacionar-se. O risco à ordem econômica decorreria da possibilidade de formação de uma força econômica capaz de ser utilizada para influenciar o poder público.³⁵²

Já para Calixto Salomão Filho, esse tipo de concentração apenas poderia ser sancionado quando houvesse a formação ou aumento do poder financeiro dos agentes envolvidos e esse poder viesse a ser utilizado de forma estratégica para

³⁴⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 318.

³⁵⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Idem*, p. 319-321.

³⁵¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Idem, ibidem*.

³⁵² FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 468.

eliminar concorrentes do mercado (através da guerra de preços ou da prática prolongada de preços abaixo do custo). Entretanto, aqui também caberia o controle comportamental, pois não há como prever tal utilização do poder econômico.³⁵³

Paula Forgioni inclui, ainda, as “expansões de mercado”, que envolvem produtores de um mesmo produto em mercados geográficos distintos, e as “expansões de produto” que envolvem produtores de bens complementares.³⁵⁴

4.3.2 Disciplina das concentrações na Lei nº 8.884/1994

No sistema brasileiro, qualquer prática que produza ou possa produzir os efeitos elencados no artigo 20 da Lei nº 8.884/1994 deve ser submetida à apreciação do CADE, conforme dispõe o artigo 54, caput, da mesma lei. Entretanto, o § 3º desse artigo indica que os atos de concentração econômica incluem-se naqueles que poderiam “limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”, e exemplifica algumas formas de concentração, tais como: “fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário”.³⁵⁵

E vai além: faz presumir a lesividade à concorrência, tornando obrigatória a submissão ao CADE do ato de concentração econômica que implique participação de “empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)”,³⁵⁶ mesmo que da operação não resulte, concretamente, qualquer prejuízo ao livre mercado.³⁵⁷

³⁵³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 322-323.

³⁵⁴ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 468.

³⁵⁵ Lei nº 8.884/1994, artigo 54, § 3º. Cf. FORGIONI. Obra citada, p. 494.

³⁵⁶ FORGIONI, Paula. *Idem*, p. 494-496. Segundo a autora, o argumento de que apenas as concentrações efetivamente aptas a interferir na dinâmica concorrencial deveriam ser submetidas ao CADE (como ocorre com os acordos entre empresas) não se sustenta, pois tornaria o § 3º do artigo 54 sem sentido. Conforme declarou a jurisprudência do CADE, “este Plenário já firmou, jurisprudencialmente, entendimento de que não compete às partes julgar, previamente, se o ato é ou não prejudicial à livre concorrência. Tal julgamento só pode ser feito pelo CADE,” após a análise por aquele Conselho. (Consulta nº 0068/00. Relator Conselheiro Celso Fernandes Campilongo. Julgado em 13/12/2000).

³⁵⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**: comentários à lei n. 8.884/94, p. 127.

Waldírio Bulgarelli afirma que as concentrações não são proibidas em si, podendo ser toleradas, e até estimuladas, conforme os desígnios da política econômica.³⁵⁸ Por isso, ensina Paula Forgioni que o exame das concentrações deve partir de duas grandes ponderações.

A primeira está na possibilidade de a concentração de capitais gerar eficiência produtiva, desenvolvimento tecnológico e benefícios ao consumidor. Neste caso, ela pode servir como instrumento estatal de promoção da concorrência ou da cooperação empresarial, apto, por exemplo, a atender à necessidade de um país de aumentar a competitividade da economia nacional num cenário globalizado, como ocorreu no Brasil na década de 60 e continua a ocorrer na União Europeia.³⁵⁹

A segunda ponderação está no fato de que a concentração pode comprometer o funcionamento adequado do mercado, pois os agentes que atingem a condição monopolística tendem a agir com indiferença, independência e abuso em relação aos concorrentes. “Percebemos, então, o paradoxo que se coloca: *ao mesmo tempo em que a concentração de capitais é vista como indispensável ao progresso e mesmo à eficiência do sistema produtivo, é também fator de instabilidade desse próprio sistema.*”³⁶⁰

Em razão disso, Paula Forgioni aponta que, “tanto no Brasil quanto na Europa, a disciplina das concentrações não pode ser encarada de forma dissociada da política econômica, o que faz com que seu controle assuma, também, um caráter instrumental”.³⁶¹

A avaliação de uma concentração empresarial também deve analisar seu impacto sobre o mercado relevante, ou seja, determinar em quanto aumentará a concentração e diminuirá a concorrência no mesmo.³⁶²

Conforme dispõe o item 9, do anexo da Portaria Conjunta SEAE/SDE Nº 50, de 1º de agosto de 2001 (o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal), o procedimento de análise dos atos de concentração horizontal deve seguir cinco etapas principais: “Etapa I – Definição do Mercado Relevante; Etapa II

³⁵⁸ BULGARELLI, Waldírio. **Concentração de empresas e direito antitruste**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 117.

³⁵⁹ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 473-477.

³⁶⁰ FORGIONI, Paula. *Idem*, p. 477-479. (grifos da autora).

³⁶¹ FORGIONI, Paula. *Idem*, p. 480.

³⁶² FORGIONI, Paula. *Idem*, p. 487.

Determinação da Parcela de Mercado; Etapa III – Exame da Probabilidade de Exercício de Poder de Mercado; Etapa IV – Exame das Eficiências Econômicas Geradas pelo Ato; Etapa V - Avaliação dos Efeitos Líquidos do Ato” (estes não serão negativos quando as eficiências forem iguais ou superiores aos custos).³⁶³

De forma semelhante, Paula Forgioni ensina que a definição do impacto da operação segue os seguintes passos: delimitação do mercado relevante, identificação do grau de concentração do mercado e da fatia do mercado (*market share*) detida pelas empresas nele atuantes, antes e após a concentração.³⁶⁴

O mercado relevante, considerado pela autora uma válvula de escape, pode ser delimitado de modo a condenar ou a aprovar uma operação. Para tanto, bastaria, por exemplo, incluir ou não o mercado mundial no mercado geográfico. Já a *market share*, embora não se identifique com o poder de mercado, é um importante indicativo, em razão de normalmente ser proporcional a ele.³⁶⁵

O grau de concentração, por sua vez, costuma ser calculado através de formulas matemáticas fornecidas pela teoria econômica. A mais conhecida é o HHI (Herfindhal-Hirschman Index),³⁶⁶ embora o sistema brasileiro também adote o CR4.³⁶⁷ Entretanto, a riqueza da realidade impede o alcance da segurança jurídica

³⁶³ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 491. No caso Nestlé-Garoto, os efeitos líquidos do ato de concentração foram considerados negativos pelo CADE: “[...] Estudos quantitativos e simulações mostram que a operação reduz a rivalidade no mercado de chocolates sob todas as formas. Adequação do modelo *price standard* às condições definidas no §1º do artigo 54 da Lei 8.884/94. Eficiências (reduções reais de custo) em torno de 12% dos custos variáveis de produção e de distribuição são necessárias para compensar o dano e impedir aumentos de preço. Eficiências insuficientes para compensar dano à concorrência e garantir a não redução do bem estar do consumidor. Não aprovação da operação. Solução estrutural. Desconstituição do Ato.” (Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Relator Conselheiro Thompson Almeida Andrade. Julgado em 04/02/2004).

³⁶⁴ FORGIONI, Paula. Obra citada, p. 487-488.

³⁶⁵ FORGIONI, Paula. *Idem*, p. 488-489.

³⁶⁶ Inicialmente, calcula-se a soma dos quadrados das quotas detidas pelas empresas do mercado relevante. Se após a concentração o número obtido for: inferior a 1.000, o mercado é considerado pouco concentrado; se entre 1.000 e 1.800, é considerado moderadamente concentrado, e uma concentração que gere um aumento de até 100 é permitida; se superior a 1.800, o mercado é considerado altamente concentrado, então o aumento de até 50 é permitido, e o superior a 100 é presumido excessivo (Cf. PROENÇA, José Marcelo Martins. **Artigos 54 a 57**, p. 383-384).

³⁶⁷ Portaria Conjunta SEAE/SDE Nº 50, anexo, item 36. “Critérios. Os critérios para identificar se a concentração gera o controle de parcela de mercado suficientemente alta são os seguintes: (a) A SEAE e a SDE considerarão que uma concentração gera o controle de parcela de mercado suficientemente alta para viabilizar o exercício unilateral do poder de mercado sempre que resultar em uma participação igual ou superior a 20% do mercado relevante (art. 20, §2º, da Lei nº 8.884/94); (b) A SEAE e a SDE considerarão que uma concentração gera o controle de parcela de mercado suficientemente alta para viabilizar o exercício coordenado de poder de mercado sempre que: a concentração tornar a soma da participação de mercado das quatro maiores empresas (C4) igual ou

almejada pelas fórmulas matemáticas. Se forem consideradas as barreiras à entrada, a dinâmica da concorrência no mercado em questão e, principalmente, a existência de concorrência potencial, a concentração pode não representar uma restrição à concorrência.³⁶⁸

Assevera Paula Forgioni que, portanto, “a conjugação de todos esses valores nos leva, indubitavelmente, a uma ponderação que vai além de aspectos meramente técnicos, principalmente se considerados os termos dos §§ 1.º e 2.º do art. 54 da Lei nº 8.884/1994.”³⁶⁹

A autora também chama a atenção para o fato de que, no exame das concentrações, não basta o critério da elevação do grau de concentração horizontal no mercado relevante. A partir da avançada noção de que todo mercado relevante, assim como a própria concorrência, tem uma dimensão horizontal e outra vertical, ensina ser indispensável a investigação dos efeitos verticais da concentração horizontal nos mercados relevantes de distribuição e de fornecimento do produto. Por outro lado, na formação dos conglomerados, o principal critério a ser considerado seria o da possibilidade de eliminação da concorrência potencial.³⁷⁰

Feita a apreciação pela autoridade antitruste, três são as possíveis decisões: a simples aprovação, a aprovação condicional ou a desaprovação da concentração.³⁷¹

Para que um ato considerado restritivo possa ser autorizado pela autoridade antitruste, é necessário que preencha as condições dos parágrafos 1º e 2º do artigo 54 da Lei nº 8.884/1994.³⁷² Como forma de garantir que essas condições sejam

superior a 75%; e a participação da nova empresa formada for igual ou superior a 10% do mercado relevante.”

³⁶⁸ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 490-491.

³⁶⁹ FORGIONI, Paula. *Idem*, p. 491.

³⁷⁰ FORGIONI, Paula. *Idem*, p. 492-493.

³⁷¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 325. No mesmo sentido, PROENÇA, José Marcelo Martins. **Artigos 54 a 57**, p. 405.

³⁷² Art. 54, § 1º “O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições: I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por

efetivamente atingidas, Paula Forgioni ensina que o artigo 58 da mesma lei faculta a elaboração de um compromisso de desempenho,³⁷³ no qual “o administrado assume, perante a Administração, a obrigação de amoldar a prática às condições impostas para a sua aprovação”.³⁷⁴ No entendimento de Fábio Ulhoa Coelho, todavia, o compromisso é obrigatório nessas situações.³⁷⁵⁻³⁷⁶

Calixto Salomão Filho ensina que esse mecanismo não é um substitutivo da desaprovação, e sim uma alternativa à simples aprovação quando for plausível o atendimento das condições do artigo 54, bastando apenas assegurá-lo. “É necessário, portanto, não apenas que as partes tenham mencionado tais metas em seu pedido de aprovação, mas também que o CADE esteja convencido de que elas serão obtidas”.³⁷⁷

O referido autor entende que não cabe ao CADE determinar os termos e objetivos do compromisso de desempenho, vez que a Constituição Federal veda, em seu artigo 174, a possibilidade de o Estado planejar diretamente a atividade privada. Em razão disso, o ato de aprovação (condicionada ou não) das concentrações tem a natureza jurídica administrativa de “ato de controle”, e não de ato de administração ativa. É um ato negocial, não passível, em razão disso, de revogação (exceto em caso de descumprimento) ou modificação unilateral pela Administração.³⁷⁸

motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.”

³⁷³ Art. 58. “O Plenário do CADE definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do referido artigo.”

³⁷⁴ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 496.

³⁷⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**: comentários à lei n. 8.884/94, p. 132.

³⁷⁶ O CADE manifestou o entendimento de que essa obrigação não é absoluta: “A idéia do legislador foi transformar em *obrigação da parte interessada* aquilo que aparece enquanto condição (premissa) necessária na *inferência* que leva à conclusão de que o ato, *apesar* de potencialmente anticompetitivo, pode ser em última instância autorizado pelo CADE. A meu ver, no entanto, a regra de que o Plenário *deverá* definir compromissos de desempenho *sempre que* o juízo acerca da possibilidade de autorização do ato se sustente, ainda que parcialmente, em um argumento de eficiências, admite exceções. De fato, a finalidade da regra é dar *credibilidade* a eventuais “promessas” das partes interessadas na aprovação de uma operação no sentido de que os potenciais ganhos sociais líquidos a esta associados não são negativos. Para isso, inclusive, o §3º do art. 58 prevê a ‘revogação da aprovação do CADE’ naquelas hipóteses em que houver o ‘descumprimento injustificado’ das obrigações definidas para essas mesmas partes no âmbito de um compromisso de desempenho, além da ‘abertura de processo administrativo para a adoção das medidas cabíveis’.” (Ato de Concentração nº 08012.005747/2006-21. Relator Conselheiro Luis Fernando Schuartz. Julgado em 18/4/2007. Grifos no original).

³⁷⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 327-329.

³⁷⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Idem*, p. 334-335. “Na doutrina administrativa a qualificação como atos negociais é atribuída a todos aqueles atos em que a manifestação da administração pública se faz a

No mesmo sentido, Ulhoa Coelho ensina que não é possível o estabelecimento de sanções pecuniárias no compromisso de desempenho, em razão da inexistência de autorização legal. Em caso de descumprimento, caberia apenas a revisão da aprovação do ato (artigo 55, da Lei nº 8.884/1994) e a instauração de processo administrativo para apurar eventual infração à ordem econômica.³⁷⁹

O compromisso de desempenho é utilizado com frequência pelo CADE. Entretanto, Paula Forgioni alerta que esse mecanismo é acompanhado dos seguintes problemas: ausência de garantia de que os termos negociados sejam estabelecidos em prol do interesse público; falta de fiscalização do cumprimento dos compromissos; e consideração inadequada das repercussões sociais das práticas concentracionistas.³⁸⁰

O compromisso de desempenho distingue-se do compromisso de cessação, previsto no artigo 53 da Lei nº 8.884/1994. Neste acordo, o particular compromete-se formalmente a cessar imediatamente determinadas práticas empresariais, sem confessar matéria de fato ou reconhecer a ilicitude do ato, e a Administração suspende o processo administrativo enquanto o compromisso estiver sendo cumprido, deixando de aplicar qualquer sanção, vez que atingidos os objetivos do processo administrativo instaurado.³⁸¹

Por fim, cumpre explicitar que a nossa lei institui o sistema de controle posterior dos atos restritivos da concorrência. O § 4º do artigo 54 fixa o prazo de quinze dias úteis após a celebração da operação para sua apresentação às autoridades antitruste.³⁸² O § 7º, do mesmo artigo, por sua vez, impõe uma cláusula resolutiva tácita a todos os atos de concentração, que retira a efetividade da operação em caso de desaprovação pelo CADE.³⁸³

partir de uma pretensão do particular, que pode ser livremente alterada e reapresentada para se adaptar às exigências da administração.” (**Direito concorrencial**: as estruturas, p. 334-335).

³⁷⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**: comentários à lei n. 8.884/94, p. 132.

³⁸⁰ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 497.

³⁸¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Obra citada, p. 120.

³⁸² § 4º “Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE.”

³⁸³ FORGIONI, Paula. Obra citada, p. 499.

O mesmo § 4º faculta a apresentação prévia do ato. Entretanto, as partes costumam implementá-lo antes da sua submissão, de modo a elevar os custos sociais decorrentes de eventual desfazimento, com o objetivo de diminuir as possibilidades de uma decisão desfavorável.³⁸⁴

Objetivando contornar o problema, o CADE, através da Resolução nº 28 de 24/06/2002, adotou os mecanismos da celebração de Acordos de Preservação da Reversibilidade das Operações (APRO) e das Medidas Cautelares, que evitam a consolidação imediata de determinados efeitos das operações considerados de risco elevado. A diferença entre ambas é que a primeira é elaborada consensualmente, enquanto a segunda é coercitiva. Um dos efeitos dessas práticas foi o incentivo à adoção de medidas cautelares voluntárias pelas partes.³⁸⁵ Em razão dessas dificuldades, outros ordenamentos, como o europeu e o estadunidense, adotam o sistema do controle prévio.³⁸⁶⁻³⁸⁷

Caso o ato de concentração venha a ser desaprovado, o § 9º,³⁸⁸ do artigo 54, da Lei nº 8.884/1994, dispõe que o CADE “determinará as providências cabíveis

³⁸⁴ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 499-500.

³⁸⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 325-326.

³⁸⁶ FORGIONI, Paula. Obra citada, p. 500.

³⁸⁷ Está em tramitação o Projeto de Lei nº 3.937, de 2004, que, no artigo 88 e seguintes, adota o controle prévio das concentrações e modifica os critérios de presunção de lesividade das mesmas, de modo a excluir o critério da participação no mercado, e modificar o critério quantitativo, “demandando que, além de uma das partes possuir faturamento acima de R\$ 400 milhões, a outra deva possuir faturamento acima de R\$ 30 milhões” (Cf. Relatório do Deputado Ciro Gomes, disponível em <http://www.cade.gov.br/upload/3937%20final.pdf>. Acesso em: 06/08/2010).

Dispõe o artigo 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 volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

[...]

§ 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no *caput* deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil Reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de Reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.”

(Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=635240>, acesso em 06/08/2010).

³⁸⁸ § 9º “Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do Cade, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à

no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente”. O dispositivo disponibiliza quatro soluções à autoridade antitruste: “distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, e cessação parcial de atividades”, bem como uma cláusula geral: “ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica”.

Calixto Salomão Filho ressalta que a desaprovação também é um ato de controle e, portanto, de natureza declaratória negativa, e não desconstitutiva. Em razão disso, afirma que “ao CADE não compete determinar a forma societária pela qual a desconstituição será processada. Ele deve apenas decidir pela desaprovação total ou parcial. Cabe, então, às partes decidir a melhor forma de fazê-lo e submeter o plano de desconstituição ao CADE para aprovação”. E, ao aprovar, cabe ao CADE “apenas verificar a adequação das formas societárias aos objetivos concorrenciais e exigir a sua adaptação, *no exato limite necessário ao cumprimento desses objetivos*.”³⁸⁹

O § 9º, do artigo 54, da Lei nº 8.884/1994, por outro lado, determina claramente que cabe ao CADE a definição da forma como se dará a desconstituição do ato, conferindo uma carga desconstitutiva à decisão de desaprovação.³⁹⁰ No entanto, é razoável, em nome dos princípios do contraditório e da ampla defesa, que seja aberta às partes a oportunidade de indicarem a forma de desconstituição do ato que entendam mais adequada. Caberia, então, ao CADE acolher, modificar ou

ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.”

³⁸⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 336-337. (grifos do autor).

³⁹⁰ O CADE entendeu pela sua competência para determinar, discricionariamente, a forma da desconstituição das concentrações desaprovadas: “Previu o legislador ordinário que, em decisões pela **não aprovação** do ato, deverá o Plenário do CADE determinar as providências cabíveis no sentido de que seja desconstituído, [...]. Deve, assim, o CADE discricionariamente, eleger a providência cabível à eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica, devendo tal providência, entretanto, ser determinada uma vez demonstrada a sua proporcionalidade ao efeito danoso que se busca eliminar, buscando, assim, reduzir a possibilidade do remédio adotado pela autoridade ser questionado quanto à sua legalidade.” (Ato de Concentração nº 08012.012223/1999-60. Relator Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer. Julgado em 04/09/2002. Grifos no original).

No mesmo sentido: “Sendo assim, não atendidas as condições legais, deve o CADE, além de decidir pela não aprovação do Ato, determinar as providências cabíveis no sentido de que seja desconstituído [...], conforme determina o § 9º, do art. 54, da Lei nº 8.884/94. Trata-se de um poder-dever do CADE de eliminar os efeitos nocivos advindos da operação.” (Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Relator Conselheiro Thompson Almeida Andrade. Julgado em 04/02/2004).

rejeitar a proposta e, neste caso, determinar a forma de desconstituição que entender apropriada.³⁹¹

³⁹¹ No ato de concentração nº 12/94, o CADE abriu esta oportunidade às partes, porém considerou a proposta de desconstituição das Requerentes “incompleta em termos de garantia”, razão pela qual decidiu por seu acolhimento “desde que, no prazo de cinco dias, a ela fossem agregadas as condições e garantias adicionais à desconstituição do monopólio de fibras acrílicas e de poliéster, indicadas no voto do Conselheiro-relator”. (Ato de Concentração nº 12/1994. Relator Conselheiro José Matias Pereira. Julgado em 17/11/1994. *Apud* DUTRA, Pedro. **A concentração do poder econômico**: jurisprudência anotada. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 53-79).

Em outra ocasião, o CADE julgou pela aprovação parcial da operação, e, na parte não aprovada, pela desconstituição do ato. Nesta parte, entendendo descabida a proposta de desconstituição apresentada pelas Requerentes, estabeleceu as medidas estruturais a serem adotadas, sob pena de “desconstituição [total] da operação, nos termos do art. 55 da Lei 8.884/94, e a instauração de Processo Administrativo, sem prejuízo da execução judicial da decisão, nos termos do disposto nos artigos 60 a 78 da Lei 8.884/94.” (Ato de Concentração nº 08012.006976/2001-58. Relator Conselheiro Cleveland Prates Teixeira. Julgado em 17/12/2003).

PARTE III – DIREITO SOCIETÁRIO E DIREITO CONCORRENCIAL

5 RELAÇÃO ENTRE DIREITO SOCIETÁRIO E DIREITO CONCORRENCIAL

5.1 O INCENTIVO À CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA NO DIREITO SOCIETÁRIO BRASILEIRO

Embora a maior parte da doutrina negue a possibilidade de o direito societário assumir as tarefas de defesa da concorrência e de controle das concentrações,³⁹² fato é que uma de suas características de especial interesse para o direito antitruste é a possibilidade de suas normas incentivarem ou desestimularem as concentrações econômicas.³⁹³

Vale lembrar que, desde o século XIX, o direito societário vem fornecendo os mecanismos jurídicos para o desenvolvimento da empresa e do capitalismo. Através da sociedade anônima e do princípio da limitação da responsabilidade, tornou possíveis os investimentos elevados e em empreendimentos de risco que impulsionaram o desenvolvimento econômico. Previu os instrumentos da primeira fase da concentração empresarial: a fusão e a incorporação. Na segunda fase, possibilitou a formação dos grupos de sociedades, através da admissão da participação de uma sociedade em outra.³⁹⁴

Com isso, Eduardo Secchi Munhoz conclui pela possibilidade de as normas societárias estimularem ou inibirem a concentração econômica, “na medida em que facilitam, ou não, as operações de fusão e de incorporação, a formação de grupos de sociedades, ou ainda, na medida em que restringem ou ampliam a responsabilidade pelas obrigações sociais.”³⁹⁵

Calixto Salomão Filho nos recorda de que o direito concorrencial tem clara preferência pelo crescimento empresarial interno, por ser o único a garantir a divisão

³⁹² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 270.

³⁹³ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**, p. 316.

³⁹⁴ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Idem, ibidem*.

³⁹⁵ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Idem, ibidem*.

dos ganhos de eficiência com os consumidores e porque ele cria riquezas, enquanto a concentração apenas as transfere. Por isso, caberia ao direito societário não o incentivo ao crescimento interno, “mas sim uma postura absolutamente neutra, em que não sejam atribuídas quaisquer vantagens ao agente econômico que opte pela concentração em detrimento do crescimento interno.”³⁹⁶

Não é o que acontece no direito brasileiro. Uma análise dos chamados “custos de concentração” nos leva a constatar que nosso direito societário continua a incentivar as concentrações de empresas.

Em primeiro lugar, elas foram estimuladas pela política de desenvolvimento instituída pelo II PND, que se referia expressamente à formação de conglomerados como forma de fortalecimento da grande empresa nacional.³⁹⁷ Para atendê-lo, a Lei nº 6.404/1976 permitiu, inicialmente, em seu artigo 15, § 2º, que o capital não votante chegasse a dois terços do total, de modo a possibilitar o controle majoritário de uma sociedade anônima através da detenção de meros 16,7% de seu capital social.³⁹⁸ Em segundo lugar, em razão da grande concentração do poder internamente à sociedade, o sistema societário foi elaborado de modo a tornar o acionista controlador o verdadeiro centro decisório da sociedade,³⁹⁹ sem garantir uma proteção proporcional aos sócios minoritários.⁴⁰⁰ Em terceiro lugar, a inexistência de qualquer responsabilidade *externa corporis*⁴⁰¹ do controlador não permite o equilíbrio entre poder e responsabilidade.⁴⁰²

Dessa forma, o baixo custo de obtenção do poder de controle, a reduzida responsabilidade do controlador e a ineficácia das disposições sobre os grupos de direito e das normas de proteção dos credores e sócios minoritários dos grupos de fato demonstram que a lei 6.404/76 favorece a fortemente concentração

³⁹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 271.

³⁹⁷ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Grupos e Consórcios**, p. 246-247.

³⁹⁸ A atual redação desse dispositivo reduziu o limite para 50% do capital total. Todavia, o percentual necessário para a obtenção do controle permanece baixo (25%).

³⁹⁹ Exemplo disso são as atribuições do Conselho de Administração, órgão representativo dos interesses dos acionistas, previstas nos incisos I e II do artigo 142 da Lei nº 6.404/1976: “I - fixar a orientação geral dos negócios da companhia; II - eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto.”

⁴⁰⁰ Essa proteção restringe-se, praticamente, ao direito de informação e à legitimidade para propositura de determinadas ações no interesse social.

⁴⁰¹ Existe apenas a previsão de uma responsabilidade *interna corporis*, no artigo 117 da LSA.

⁴⁰² SALOMÃO FILHO, Calixto. Obra citada, p. 272-277.

econômica.⁴⁰³ Embora essa tendência da LSA tenha sido consentânea com a realidade econômica na década de 70, o momento atual por que passa a economia brasileira demanda uma postura de maior equilíbrio e neutralidade, de modo a fazer com que o direito concorrencial precise ser muito mais rigoroso na aplicação dos critérios de identificação para atender à necessidade de elevação do “preço” da concentração no direito brasileiro.”⁴⁰⁴

O ideal, segundo Eduardo Secchi Munhoz, seria que o direito societário assumisse uma posição de relativa neutralidade, capaz de dar aos empresários a autonomia necessária para organizar a empresa de forma eficiente – tendo em vista que a eficiência e a flexibilidade proporcionadas pelos grupos estão de acordo com as exigências da economia globalizada – sem deixar de proporcionar uma proteção adequada aos demais interesses envolvidos, de modo a gerar benefícios maiores que os custos da concentração.⁴⁰⁵ Restaria, então, ao direito concorrencial, “disciplinar os efeitos causados por essas organizações empresariais no mercado, assegurando uma ordem econômica pautada pelo princípio da livre concorrência.”⁴⁰⁶

5.2 OS CONCEITOS DO DIREITO SOCIETÁRIO NA IDENTIFICAÇÃO DA CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

O direito da concorrência, como outros ramos do direito, utiliza os conceitos do direito societário para identificar as hipóteses de incidência de suas normas, podendo, para tanto, ampliá-los, restringi-los ou atribuir-lhes efeitos distintos, conforme as finalidades que busca.⁴⁰⁷

A razão disso está no fato de que, embora o direito societário e o concorrencial tenham em comum a preocupação com o poder de disposição sobre empresas juridicamente autônomas e economicamente dependentes, suas finalidades são bastante distintas. De um lado, o direito societário disciplina o exercício adequado e eficiente da atividade empresarial, e tutela os interesses dos

⁴⁰³ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**, p. 317. Para Luiz Olavo Baptista, tratar-se-ia de uma “neutralidade favorável” (**Grupos e Consórcios**, p. 249).

⁴⁰⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: As estruturas**, p. 277-278.

⁴⁰⁵ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Obra citada, p. 317.

⁴⁰⁶ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Idem*, p. 318.

⁴⁰⁷ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Idem*, p. 312 e 314.

sócios (minoritários), administradores e terceiros (credores) contra interesses estranhos à sociedade. De outro, o direito concorrencial se preocupa com os efeitos das estruturas empresariais sobre a ordem concorrencial e os interesses dos concorrentes e consumidores.⁴⁰⁸

O relacionamento entre as duas disciplinas, segundo Eduardo Secchi Munhoz, ocorre nos momentos em que o direito concorrencial toma do societário “os critérios, as estruturas, para a identificação das situações de concentração econômica, utilizando, ainda, as operações societárias para a desconstituição das formas de concentração nocivas.” É o que ocorre, respectivamente, nos parágrafos 3º e 9º, do artigo 54, da Lei nº 8.884/1994.⁴⁰⁹

Mais interessante para este trabalho é a previsão, no § 3º, da possibilidade de concentração econômica através da constituição de sociedade para o controle de empresas e através da formação de agrupamento societário.⁴¹⁰ Veremos no entanto, que o conceito de concentração adquire maior amplitude, quando comparado ao conceito societário, para melhor servir às finalidades do direito concorrencial.

Para melhor compreender essa afirmação, cumpre constatar que a noção societária de controle, prevista nos artigos 116 e 243, § 2º,⁴¹¹ da Lei nº 6.404/1976, é por demais restrita para a correta identificação dessas hipóteses.⁴¹² Em razão disso, o CADE estabeleceu um conceito próprio no Anexo II da Resolução nº 18/1998: trata-se do “1.3. poder de dirigir, de forma direta ou indireta, interna ou externa, de fato ou de direito, individualmente ou por acordo, as atividades sociais e/ou o funcionamento da empresa.”

Este conceito, segundo Calixto Salomão Filho, corresponde à noção de influência dominante, a única realmente apta a possibilitar a presunção de existência de uma concentração econômica entre duas ou mais empresas unidas como se

⁴⁰⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 179.

⁴⁰⁹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**, p. 313.

⁴¹⁰ Art. 54, § 3º. “Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas [...]”.

⁴¹¹ Art. 243, § 2º. “Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”.

⁴¹² MUNHOZ, Eduardo Secchi. Obra citada, p. 314. Este autor entende que o conceito societário de poder de controle deveria ser revisto, de modo a melhor adequar-se à realidade econômica, e a fornecer maior certeza e segurança ao direito concorrencial.

fossem uma única, de modo a permitir somar suas quotas de mercado e aplicar-lhes todas as consequências decorrentes do poder monopolista que poderão adquirir.⁴¹³

No mesmo diapasão, a utilização da expressão “agrupamento societário” no lugar de “grupo societário”, pelo referido parágrafo 3º, permite o entendimento de que o dispositivo engloba todas as espécies de grupos societários, sejam eles de direito, de fato, de subordinação ou de coordenação.⁴¹⁴ Para Fábio Ulhoa Coelho, a expressão abrangeria ainda outras figuras que não o grupo societário, como a figura do agrupamento complementar de empresa, inexistente no direito positivo brasileiro, que se refere à sociedade criada com o fim de prestar serviços apenas às sociedades que a constituíram.⁴¹⁵

Calixto Salomão Filho critica a forma como o dispositivo foi redigido, pois entende que ela impede a interpretação acima exposta, embora pareça ser a vontade do legislador. Em primeiro lugar, porque utiliza, logo em seguida, a expressão “grupo de empresas” e deixa de fazer menção expressa aos grupos de coordenação (presumidos formas de cooperação, e não de concentração, entre empresas), de modo a tornar mais adequada a interpretação que restringe a abrangência do dispositivo aos grupos de subordinação. Em segundo lugar, se o legislador tinha intenção de ampliar o suporte fático para além do controle societário, de forma a abranger a influência dominante e a influência relevante do ponto de vista concorrencial, deveria, necessariamente, ter feito referência à concentração e à cooperação econômicas.⁴¹⁶

Ainda, quanto aos sujeitos das normas sobre as concentrações, a diferença entre os dois ramos está no fato de que, enquanto o direito societário apenas abrange as empresas que adotem uma forma jurídica específica (sociedades), o direito concorrencial não faz qualquer distinção, aplicando-se “às empresas de um modo geral, abrangendo, pelo lado activo, qualquer pessoa natural ou colectiva, e, pelo passivo, qualquer tipo de empresa.”⁴¹⁷⁻⁴¹⁸

⁴¹³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 287.

⁴¹⁴ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**, p. 315. O autor continua sua crítica ao afirmar que a falta de uma definição segura das distintas espécies de grupos na Lei nº 6.404/1976 gera incertezas quanto à inclusão, nesse dispositivo, das sociedades coligadas, controladoras e controladas, dos grupos de fato, e dos consórcios (Capítulos XX, XXI e XXII, respectivamente, da Lei nº 6.404/1976).

⁴¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**: comentários à lei n. 8.884/94, p. 127.

⁴¹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. Obra citada, p. 296-298.

⁴¹⁷ ANTUNES José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 186.

O termo “empresa”,⁴¹⁹ para o direito concorrencial, refere-se à atividade empresarial. Abrange, portanto, “todos os modos de exercício de atividade econômica, sob qualquer forma jurídica possível”, bastando que esse exercício seja organizado e duradouro, de modo a conferir um caráter autônomo ao objetivo econômico visado.⁴²⁰

Pode-se afirmar, com isso, que o direito concorrencial adota uma perspectiva mais abrangente da relevância jurídica da empresa plurissocietária, se comparada à forma como é concebida pelo direito societário. Este apenas reconhece como grupo o conjunto de empresas societárias unidas pelo controle societário constituído através de um instrumento taxativamente previsto em lei, enquanto a lei concorrencial, além de não fazer qualquer distinção baseada nos instrumentos de direção unitária, contenta-se com formas muito atenuadas dessa mesma direção (como os meros laços de interdependência entre as empresas).⁴²¹

⁴¹⁸ Lei nº 8.884/1994, Art. 15. “Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.”

⁴¹⁹ De modo geral e sintético, a empresa pode ser juridicamente compreendida como o trabalho desenvolvido a serviço do capital: “*Jurídicamente, la empresa es una cosa muy simple. Pone el trabajo al servicio del capital.*” (RIPERT, George. **Aspectos jurídicos del capitalismo moderno**, p. 265).

⁴²⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 280.

⁴²¹ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 192.

6 OS GRUPOS DE SOCIEDADES NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

6.1 NOÇÃO CONCORRENCIAL DE GRUPO SOCIETÁRIO

Segundo Engrácia Antunes, existem duas modalidades de concentração econômica: a concentração econômica com concentração jurídica e a concentração econômica sem concentração jurídica. Esta ocorre quando uma ou mais empresas adquirem o controle de uma ou várias outras empresas ou quando constituem uma empresa comum.⁴²² É onde se incluem os grupos societários.⁴²³

Como dissemos no capítulo anterior, o direito societário e o direito concorrencial têm em comum “a preocupação com a possibilidade de disposição societária sobre unidades empresariais juridicamente distintas, mas economicamente dependentes.” Trata-se, segundo Calixto Salomão Filho, de uma preocupação com a realidade das formas.⁴²⁴

No que toca aos grupos societários, a resposta encontrada pelo direito societário foi a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.⁴²⁵ Já o direito concorrencial tratou de utilizar “conceitos mais amplos, menos societários e mais econômicos, de vínculo entre empresas”, como são os conceitos de “influência dominante” e de “influência relevante do ponto de vista concorrencial”.⁴²⁶

Vimos que o direito concorrencial adota o conceito amplo de empresa, que lhe permite identificar uma concentração sempre que qualquer pessoa torna-se titular de poder sobre uma ou mais empresas ou parte delas, sendo irrelevante a personalidade jurídica de qualquer uma das partes da operação.⁴²⁷

⁴²² ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 185.

⁴²³ “Aliás, a técnica de concentração, denominada grupo de sociedades, distingue-se das demais exatamente por permitir a constituição de uma estrutura jurídica e operacional despida de personalidade jurídica, própria e fundada numa relação financeira ou contratual entre entidades legalmente independentes”. (LOBO, Jorge. **Grupo de sociedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 32).

⁴²⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 278.

⁴²⁵ Para um estudo detalhado acerca da aplicação da teoria da desconsideração jurídica aos grupos de sociedades, vide: MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desconsideração da personalidade jurídica e grupos de sociedades. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 134, p. 25-47, abril-junho de 2004.

⁴²⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. Obra citada, p. 278.

⁴²⁷ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. Obra citada, p. 186.

Também já constatamos que a principal operação subjacente à formação dos grupos societários é a aquisição do controle sobre a outra empresa.⁴²⁸ Porém, o controle sobre o capital social do outro agente, no direito concorrencial, é substituído pela ampla noção de influência dominante, o poder de determinar o planejamento empresarial do outro agente econômico.⁴²⁹

Por abranger as hipóteses de controle minoritário, gerencial, interno, externo, de direito e de fato, Comparato e Salomão afirmam que a ideia de influência dominante assume uma abrangência por demais excessiva para ter qualquer utilidade societária.⁴³⁰ Mas este é justamente o ponto que a torna relevante para o direito concorrencial, pois corresponde exatamente à necessidade de consideração da realidade econômica no lugar das formas jurídicas, e que lhe confere uma conotação concorrencial e econômica própria.⁴³¹

Essa noção de influência dominante é mais ampla que a societária, porque é suficiente, para a sua existência, o controle dos órgãos ou cargos diretamente vinculados à produção e à atuação do agente no mercado, quais sejam, os relacionados às áreas de pesquisa e desenvolvimento, investimento, produção e vendas. Mas, ao mesmo tempo, é mais restrita, porque precisa ser muito mais constante e abrangente que o controle societário, necessitando, para tanto, de bases estruturais estáveis que lhe permitam prolongar-se no tempo.⁴³²

Assim, insignificante é o fato de o grupo não se constituir sob a forma prescrita nos artigos 265 e seguintes da LSA:⁴³³ haverá uma concentração intersocietária (sem concentração jurídica) relevante para o direito concorrencial sempre que uma sociedade adquirir a possibilidade de exercer uma influência dominante sobre outra, pouco importando o instrumento utilizado⁴³⁴ para tal efeito ou a forma do respectivo exercício.⁴³⁵

⁴²⁸ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 187.

⁴²⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 281-283.

⁴³⁰ COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. **O poder de controle na sociedade anônima**, p. 81.

⁴³¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Obra citada, p. 281-282.

⁴³² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Idem*, p. 283.

⁴³³ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 154.

⁴³⁴ Segundo Calixto Salomão Filho, as principais hipóteses de influência dominante podem ser de natureza societária ou contratual (correspondendo, no direito societário, aos controles interno e externo). As hipóteses societárias são o controle majoritário ou minoritário que cumprem com os requisitos legais de presunção de permanência do poder (artigo 116 da LSA). Já as contratuais decorrem da atribuição do direito de gerir o empreendimento de outro agente, do direito de eleger

Consequentemente, no dizer de Paula Forgioni, “a expressão ‘grupo de empresas’ é utilizada, no texto legal [concorrencial], em sua acepção mais ampla, referido-se tanto aos grupos de direito constituídos sob a égide da Lei das Sociedades por Ações quanto ao grupo de fato (os conhecidos grupos empresariais)”.⁴³⁶

Por fim, vale destacar que, quando a interdependência (seja societária, seja contratual) entre as empresas não for elevada a ponto de caracterizar uma concentração, mas possibilitar a presunção da cooperação econômica, haverá uma “influência relevante do ponto de vista concorrencial”.⁴³⁷

É nesta hipótese que se inclui o grupo de coordenação, por ser uma espécie de grupo societário que não surge em torno de uma direção unitária, mas da coordenação dos comportamentos e da harmonização das políticas mercadológicas e comerciais das empresas envolvidas.⁴³⁸

6.2 APLICABILIDADE DAS NORMAS CONCORRENCIAIS AOS GRUPOS SOCIETÁRIOS

Relevante é a investigação da possibilidade de o grupo societário, como empresa complexa, ou de segundo grau, ser destinatário das normas concorrenciais ou, em caso negativo, de apenas as empresas de primeiro grau que o constituem o serem.⁴³⁹

Essa investigação divide-se nos planos das relações externas e internas do grupo societário. No plano das relações externas, deve-se investigar se o grupo ou a sociedade mãe podem ser imputados pelos comportamentos anticoncorrenciais de uma sociedade filha. Já no plano das relações internas ocorreria o contrário, ou seja,

membros da administração, ou de direitos muito superiores aos necessários para atingir os objetivos primários do contrato (negócios jurídicos indiretos). (**Direito concorrencial**: as estruturas, p. 284-286).

⁴³⁵ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 188.

⁴³⁶ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 327.

⁴³⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Obra citada, p. 287-288.

⁴³⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Idem*, p. 291. Por essa razão, a análise do grupo societário por coordenação sob a ótica do direito concorrencial não será abordada, visto que extrapola o escopo do presente trabalho.

⁴³⁹ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. Obra citada, p. 190.

a possibilidade de exclusão da ilicitude dos atos ou condutas anticoncorrenciais praticados entre as próprias empresas do grupo.⁴⁴⁰

A tendência mundial, conforme Engrácia Antunes, seria considerar o grupo societário, para além de uma unidade econômica, uma unidade jurídica. Tratar-se-ia, portanto, de “considerar o grupo como uma verdadeira *empresa única* para efeitos de aplicação das normas em matéria de concorrência”,⁴⁴¹ de modo que “a realidade material do controlo intersocietário deverá primar sobre o princípio da separação das personalidades jurídicas das sociedades agrupadas, sendo tal comportamento imputável à sociedade-mãe ou mesmo ao grupo como um todo.”⁴⁴²

Anne Petitpierre-Sauvain adota posição semelhante, ao afirmar que “a responsabilidade do grupo deve permanecer limitada, mas a responsabilidade limitada das sociedades que do grupo fazem parte não se justifica mais na mesma medida”, porém restringe a responsabilidade do grupo à sociedade controladora.⁴⁴³

O direito antitruste brasileiro seguiu a mesma tendência. Segundo Paula Forgioni, o artigo 17 da Lei nº 8.884/1994⁴⁴⁴ responsabiliza a sociedade mãe pelos atos de suas subsidiárias, como se o grupo fosse uma entidade econômica única para fins de aplicação da Lei Antitruste.⁴⁴⁵

Já Fábio Ulhoa Coelho ensina que no direito concorrencial brasileiro também é possível (no plano externo) a responsabilidade solidária das sociedades filiadas. Para o direito societário, em regra, não existe solidariedade pelas obrigações que cada uma delas assume, mesmo que relacionadas com os objetivos de sua associação. Ela apenas existiria se prevista na convenção do grupo de direito. A legislação antitruste, contudo, adotou solução em sentido oposto, em nome da tutela das estruturas do livre mercado.⁴⁴⁶

⁴⁴⁰ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 190-191.

⁴⁴¹ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. *Idem*, p. 191. (grifos do autor).

⁴⁴² ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. *Idem*, p. 192.

⁴⁴³ Tradução livre. No original: “*La responsabilité du groupe doit rester limitée, mais la responsabilité des sociétés qui en font parti ne se justifie plus dans la même mesure.*” (**Droit des sociétés et groupes de sociétés**, p. 147-148).

⁴⁴⁴ Lei nº 8.884/1994, Art. 17. “Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica.”

⁴⁴⁵ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 152-153.

⁴⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**: comentários à lei n. 8.884/94, p. 43.

Segundo Carlyle Popp e Edson Vieira Abdala, a responsabilidade solidária das sociedades filiadas apenas seria possível quando verificada a prática de uma infração econômica por alguma das empresas do grupo. Neste caso, também haveria responsabilidade solidária entre os dirigentes ou administradores da sociedade que praticou o ato,⁴⁴⁷ porém sem abranger os das demais sociedades solidárias (tendo em vista que a solidariedade não se presume). Ainda, afirmam que a solidariedade persiste mesmo que a empresa prove o seu não envolvimento no caso.⁴⁴⁸

Em sentido diametralmente oposto, Eduardo Secchi Munhoz sustenta que a suspensão da personalidade jurídica das sociedades componentes do grupo deve ser permanente e constante, tendo em vista que elas costumam ter a autonomia patrimonial e organizacional extintas. Por isso, a responsabilidade solidária da sociedade dominante e das demais componentes do grupo deve ser a regra, e não a exceção.⁴⁴⁹

Por outro lado, quando o comportamento somente gerar efeitos no âmbito interno do grupo, “ele poderá ser considerado como uma mera operação de reorganização interna de uma única empresa quando revista um carácter inócuo para a estrutura concorrencial do mercado”, desprovida, portanto, de qualquer carga anticoncorrencial.⁴⁵⁰

O mesmo vale para os atos de concentração societária entre sociedades de um mesmo grupo. Conforme a jurisprudência do CADE, a incorporação de empresas de um mesmo grupo econômico não constitui ato de concentração econômica, mas

⁴⁴⁷ Lei nº 8.884/1994, Art. 16. “As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.”

⁴⁴⁸ POPP, Carlyle; ABDALA, Edson Vieira. **Comentários à nova lei antitruste**. Curitiba, Juruá, 1994, p. 69.

⁴⁴⁹ “Depreende-se, portanto, que, nos grupos de sociedades, aquilo que a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica chama de *suspensão temporária e episódica* da personalidade jurídica haveria de se tornar uma *suspensão permanente e constante*, pois a extinção da autonomia patrimonial e organizacional das sociedades-membros não constitui a exceção, mas, sim, a *regra*.” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Desconsideração da personalidade jurídica e grupos de sociedades**, p. 45. Grifos do autor). No mesmo sentido: OLIVEIRA, José Lamartine Correa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 598. Não é este o entendimento do STJ. Em julgamento recente, declarou necessária a prática de ato ilícito para a responsabilização do grupo: “CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. GRUPO ECONÔMICO. A responsabilidade do grupo econômico pelo ato de uma das sociedades que controla supõe que o ato desta seja ilícito. Recurso especial não conhecido.” (Recurso Especial nº 689.653/AM. 3ª Turma. Relator Ministro Ari Pargendler. DJ 15/08/2008).

⁴⁵⁰ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 193.

de mera reestruturação interna, portanto incapaz de gerar qualquer impacto anticoncorrencial no mercado relevante.⁴⁵¹

Conclui-se, assim, pela inaplicabilidade das normas concorrenciais no plano das relações internas do grupo, desde que os efeitos fiquem restritos ao seu interior. No entanto, permanece a controvérsia quanto ao plano das relações externas.

A adoção de uma posição estritamente legalista partiria da regra de que “a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes” (Código Civil, art. 265), para, através da leitura dos artigos 15 e 17 da Lei nº 8.884, chegar à conclusão de que, embora os grupos societários sejam destinatários das normas concorrencias, eles não seriam suscetíveis, como um todo, aos seus efeitos. A responsabilidade abrangeria apenas aquelas sociedades componentes que tiverem de fato participado da prática de determinado ilícito concorrencial, porque não haveria solidariedade das sociedades que não praticaram a infração, mesmo que dentre estas venha a se encontrar a controladora.⁴⁵²

Porém, mais consentâneo com a realidade dos grupos societários, os objetivos do ordenamento antitruste brasileiro e a necessidade de aumento do custo das concentrações seria o entendimento de que a responsabilidade pelos ilícitos anticoncorrenciais abrange o grupo como um todo ou, quando menos, a sociedade controladora.

⁴⁵¹ Nesse sentido:

“Ato de Concentração. Mera reorganização de ativos dentro de um mesmo grupo econômico. Não conhecimento da operação. Manutenção do recolhimento da taxa processual.” (Ato de Concentração nº 08012.008130/2010-43. Relator Conselheiro Olavo Zago Chinaglia. Julgado em 01/09/2010);

“Ato de Concentração. Reestruturação Societária. Ausência de concentração horizontal ou vertical. Não subsunção ao artigo 54, da Lei 8.884/94. Operação não conhecida.” (Ato de Concentração nº 08012.005581/2004-81, Relator: Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, julgado em 08/12/2004). Vale transcrever o seguinte trecho do voto do Conselheiro Relator deste Acórdão: “Em uma reestruturação societária, as empresas pertencem a um mesmo grupo econômico, nesse caso o Grupo Carvajal, e visam tão somente a incorporação de uma empresa pela outra, da Editel pela Listel. Dentro dessa estrutura, não há concorrência entre as empresas. [...] Denota-se, portanto, que não há alteração de controle, já que ambas pertencem ao mesmo grupo. Assim, conforme jurisprudência sedimentada neste Conselho, não há razão para o conhecimento da operação, tendo em vista que, em caso de reestruturação societária, não há subsunção ao artigo 54, da Lei 8.884/94.”

⁴⁵² COSTA, Marcos da. Artigos 15 a 19. In: COSTA, Marcos; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coord.). **Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos: comentários à Lei nº 8.884/94 e estudos doutrinários.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 199-200.

6.3 CONSEQUÊNCIAS ANTICONCORRENCIAIS DA CONCENTRAÇÃO POR CONSTITUIÇÃO DE GRUPOS SOCIETÁRIOS

Claude Champaud ensina que nenhuma outra técnica jurídica possui um poder de concentração comparável ao dos grupos societários.⁴⁵³ Tendo em vista que a elevação ou obtenção do poder de monopólio é o objetivo essencial dos controladores das sociedades agrupadas, pode-se afirmar que a busca pelo poder econômico é a causa jurídica da constituição dos grupos e de todas as demais operações de concentração.⁴⁵⁴

No entanto, a concentração do poder econômico num único agente torna o mercado relevante dependente, a ponto de permitir a este agente despreocupar-se com a qualidade dos produtos e a inovação tecnológica, diminuir propositalmente a oferta de produtos e elevar os preços, sem que à sua atitude corresponda uma queda nas vendas, de modo a auferir lucros extraordinários. Consequência disso é o prejuízo aos valores da eficiência produtiva (também em decorrência dos gastos com a manutenção da posição monopolista) e da justiça social (consistente na má distribuição das riquezas).⁴⁵⁵

O mesmo vale quando a concentração leva a uma redução do número de agentes no mercado. O mercado concentrado permite a colusão entre agentes, apta a proporcionar os mesmos lucros excessivos, o retardo das inovações tecnológicas, a má distribuição de recursos e a ineficiência produtiva verificados no mercado monopolizado.⁴⁵⁶

Segundo Champaud, a principal característica dos grupos de sociedades é justamente sua aptidão a assegurar monopólios e oligopólios. Com efeito, a multiplicação dos grupos de sociedades restringe o número de unidades de direção econômica, de modo a levar os mercados a adquirir estruturas oligopolistas favorecedoras da colusão e do acordo tácito entre controladores de grupos.⁴⁵⁷

⁴⁵³ CHAMPAUD. **Le pouvoir de concentration de la société par actions**, p. 301.

⁴⁵⁴ CHAMPAUD. *Idem*, p. 291.

⁴⁵⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 144-147.

⁴⁵⁶ PROENÇA, José Marcelo Martins. **Artigos 54 a 57**, p. 384-386.

⁴⁵⁷ CHAMPAUD. Obra citada, p. 291 e 294. Uma forma de atingir este objetivo é a abominável prática da aquisição de um concorrente com o único fim de determinar a cessação de suas atividades. (LOBO, Jorge. **Grupo de sociedades**, p. 36).

No caso específico do grupo societário individualmente considerado, a aquisição do poder monopolista gera consequências em três planos distintos. No plano das relações comerciais, o grupo se liberta em grande parte das regras normais dos mercados nos quais se abastece ou para os quais produz. No plano territorial, torna-se independente da economia nacional. E, no plano político, tende a liberar-se das restrições políticas do Estado e a concorrer em importância com o poder público, ao transformar sua influência econômica em influência política.⁴⁵⁸⁻⁴⁵⁹

O plano das relações comerciais é o mais relevante para o direito concorrencial. Por isso, detalharemos brevemente algumas manifestações do poder dos grupos nesse campo, nas quais ele lhes possibilita agir com indiferença em relação aos concorrentes, fornecedores, distribuidores, varejistas, financiadores e consumidores.

A indiferença para com os concorrentes apenas é possível se, a despeito de sua crescente ineficiência, o grupo for capaz de criar e manter barreiras à entrada de concorrentes. Estas podem ser naturais ou artificiais. As primeiras incluem as economias de escala, a diferenciação entre produtos, a necessidade de grande capital inicial, e os custos irrecuperáveis. Já dentre as segundas incluem-se o impedimento do acesso a fornecedores e distribuidores e a influência sobre o gosto dos consumidores. Somam-se, ainda, as barreiras legais, obtidas por meio de pressões políticas.⁴⁶⁰⁻⁴⁶¹

⁴⁵⁸ CHAMPAUD. **Le pouvoir de concentration de la société par actions**, p. 291-292. Em outra passagem, afirmou o autor: “*A l’issue de cette étude des groupes de sociétés, leur puissance économique apparaît trop considérable pour qu’elle ne se mue pas directement ou indirectement en puissance politique.*” (*Idem*, p. 296. Em tradução livre: “Resulta deste estudo dos grupos de sociedades que seu poder econômico parece por demais considerável para que não se transforme direta ou indiretamente em poder político.”) E, mais além: “*L’oligarchie de contrôleurs secrétée par les sociétés par actions a acquis par les groupes une puissance économique suffisante pour discuter d’égal à égal avec le Pouvoir, et parfois pour parler en maître.*” (*Idem*, p. 297. Em tradução livre: “A oligarquia de controladores, escondida pelas sociedades por ações, adquiriu através dos grupos um poder econômico suficiente para discutir de igual para igual com o Poder, e às vezes para impor-se.”)

⁴⁵⁹ John Kenneth Galbraith declara a divisão entre os setores público e privado uma fraude. A dominação do setor privado sobre o público seria evidente, tendo em vista que os administradores das grandes empresas utilizam sua autoridade para influenciar a política e o governo. A consequência disso seria sua utilização em benefício dessas empresas. **(A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo, p. 53-54 e 73-74).**

⁴⁶⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**, p. 146, 187-190.

⁴⁶¹ Para um estudo da influência sobre entidades estatais visando à restrição da concorrência, vide: JORDÃO, Eduardo Ferreira. O direito antitruste e o controle do lobby por regulação restritiva da concorrência. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, n. 1, p. 63-100, janeiro-março de 2003.

No que se refere aos fornecedores e distribuidores, os grupos libertam-se de suas restrições através de quatro estratégias básicas: a simples sujeição, a absorção, e a exclusão do mercado através de uma integração vertical ou da criação de estabelecimentos de fornecimento e distribuição próprios.⁴⁶²

Os grupos também tendem a submeter o comércio varejista. Graças a seus poderosos meios de pesquisa, de produção e de publicidade de suas marcas, garantidos por sua segurança financeira, eles criam uma demanda que o varejista não pode satisfazer sem alienar uma grande parte de sua independência. Os preços impostos, os contratos de exclusividade e as recusas de vendas são, antes de tudo, situações relacionadas a empresas ligadas a grupos poderosos.⁴⁶³

Também no mercado de capitais, o poder econômico do grupo lhe permite agir com indiferença em relação às pressões tipicamente exercidas pelos bancos e instituições financeiras, visto que os recursos financeiros de que necessita costumam poder ser buscados no interior do próprio grupo (que pode, inclusive, criar sua própria sociedade financeira ou seu próprio banco).⁴⁶⁴

Por fim, no que se refere aos consumidores, os grupos repartem mercados geográficos, impõem preços comuns de monopólio e impõe os contratos de adesão, que não se amoldam às formas contratuais tradicionais inspiradas pela liberdade e igualdade econômica entre as partes.⁴⁶⁵ A consequência disso seria a diminuição do bem-estar dos consumidores, tendo em vista que serão obrigados a pagar um preço maior do que o que estariam dispostos ou a adquirir as opções de segunda escolha.⁴⁶⁶

Assim, constata-se que a particularidade concorrencialmente relevante do interesse em adquirir um poder de monopólio tão elevado é precisamente a possibilidade de subtrair a empresa do império das leis naturais dos mercados aos quais ela se encontra ligada. Em especial, ela pode escapar ao jogo da oferta e da

⁴⁶² CHAMPAUD. **Le pouvoir de concentration de la société par actions**, p. 294-295.

⁴⁶³ “*Les « prix imposés », les « contrats d'exclusivité » et les « refus de vente » sont avant tout le fait d'entreprises intégrées à de puissants groupes.*” (CHAMPAUD. Obra citada, p. 294).

⁴⁶⁴ CHAMPAUD. *Idem, ibidem*.

⁴⁶⁵ CHAMPAUD. *Idem*, p. 295.

⁴⁶⁶ CUNHA, Carolina. **Controlo das concentrações de empresas**, p. 16.

demanda e passar a impor unilateralmente suas vontades aos que com ela se relacionam.⁴⁶⁷

É por essa razão que se presume a possibilidade de os grupos virem a abusar de sua posição dominante. Segundo Claude Champaud, a existência dos grupos de sociedades fez do abuso de poder econômico uma potencialidade constante. Seriam eles, e não o crescimento das unidades econômicas, que as legislações antitrustes se esforçam em prevenir.⁴⁶⁸

Constatada a relevância do grupo societário para o direito da concorrência, passamos ao estudo da necessidade do controle preventivo de sua formação.

6.4 IMPORTÂNCIA DO CONTROLE ESTRUTURAL DA FORMAÇÃO DOS GRUPOS SOCIETÁRIOS

Como verificamos no capítulo 1 deste trabalho, o cerne da definição dos grupos de sociedades está na tensão entre unidade econômica e pluralidade jurídica. Engrácia Antunes aponta para o problema de que, por falta de uma adequada regulação societária dos grupos de sociedades, especialmente no que diz respeito aos grupos de fato, “a empresa plurissocietária não constitui um verdadeiro centro autónomo de imputação de direitos e obrigações”.⁴⁶⁹

Segundo Pedro Ivan Vasconcelos Hollanda, o mesmo vale para o direito brasileiro: “a falta de um tratamento jurídico adequado dos grupos de sociedades no Brasil leva a uma limitação e até a um desnoramento da questão nos demais ramos de direito em nosso país”.⁴⁷⁰ No dizer de José Lamartine Corrêa de Oliveira, “Quando a norma não mais qualifica adequadamente o ser que regula, o sistema [como um todo] entra em crise”.⁴⁷¹

Eduardo Secchi Munhoz explica que a ruptura da autonomia patrimonial e organizacional das sociedades-filhas é estrutural nos grupos de sociedades. Os

⁴⁶⁷ CHAMPAUD. **Le pouvoir de concentration de la société par actions**, p. 292.

⁴⁶⁸ “*La concentration des entreprises, et plus particulièrement les groupes de sociétés, ont fait de l’abus de puissance économique une virtualité constante. C’est lui et non la croissance des unités économiques que les législations « anti-trust » s’efforcent de prévenir.*” (*Idem, ibidem*).

⁴⁶⁹ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 182.

⁴⁷⁰ HOLLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos. Os grupos de sociedades e o direito societário: retrato de uma crise. **Revista de Direito Empresarial**. Curitiba: Juruá, n. 7, p. 69-97, janeiro-junho de 2007, p. 94.

⁴⁷¹ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**, p. 607.

ativos e passivos são transferidos livremente ao sabor dos interesses do grupo, como se a personalidade das sociedades inexistisse, enquanto a sociedade de comando se beneficia das vantagens decorrentes dessa liberdade e da limitação da responsabilidade de cada um dos componentes do grupo, “gerando uma situação de total desequilíbrio entre o exercício do poder e a atribuição de responsabilidade”.⁴⁷²

O problema torna-se ainda mais grave face à total ineficácia prática da figura dos grupos de direito, a ponto de chegar-se a dizer que “os grupos de direito no Brasil são letra absolutamente morta na realidade empresarial brasileira.”⁴⁷³ Dentre os fatores que levam à não celebração da convenção grupal, incluem-se a artificialidade do modelo para a realidade brasileira, a facultatividade da sua celebração, a possibilidade de retirada em massa dos acionistas minoritários (de modo a ocasionar os mesmos custos de uma fusão ou incorporação), e a falta de proteção ao acionista minoritário.⁴⁷⁴

Ao mesmo tempo, os grupos de fato gozam de uma agilidade e flexibilidade que, além de permitir maior adaptação às exigências do mercado, permite-lhes elidir os limites e responsabilidades previstos na convenção do artigo 265 da LSA.⁴⁷⁵ Isso gera uma incompatibilidade entre a norma e a realidade, pois “o Direito se mostra incapaz de identificar o verdadeiro centro material de acção e assim atingir o real destinatário dos seus próprios comandos”, acabando por imputar determinados comportamentos, materialmente imputáveis à sociedade mãe, a uma sociedade agrupada sujeita a um centro de comando exterior.⁴⁷⁶

A identificação de um grupo de sociedades num mercado relevante, conforme o ensinamento de Paula Forgioni, é fundamental para efeitos de caracterização da posição dominante, visto que “*uma empresa pode deter um poder econômico, em virtude de sua inserção em um grupo empresarial, muito maior do que lhe seria próprio.*”⁴⁷⁷

⁴⁷² MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Desconsideração da personalidade jurídica e grupos de sociedades**, p. 44-45 e 215-216.

⁴⁷³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 169. No mesmo sentido, COMPARATO, Fábio Konder, **Os grupos societários na nova lei de sociedades por ações**, p. 106.

⁴⁷⁴ HOLLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos. **Os grupos de sociedades e o direito societário**, p. 82.

⁴⁷⁵ HOLLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos. *Idem*, p. 82.

⁴⁷⁶ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades**, p. 183.

⁴⁷⁷ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 327. (grifos da autora).

Tendo isso em mente, a importância do controle estrutural dos atos de concentração realizados por meio da constituição dos grupos societários evidencia-se ao se constatar que, na ausência desse controle, qualquer grupo poderia praticar graves condutas anticoncorrenciais livremente, seguro de que a responsabilidade seria juridicamente imputada apenas à sociedade que formalmente as praticou.⁴⁷⁸

Ainda, a submissão da operação de concentração ao controle estrutural da autoridade antitruste permite impedir a formação ou o aumento do número de participantes do grupo de sociedades, caso manifesto o potencial lesivo à concorrência; facilita o controle das condutas,⁴⁷⁹ pois possibilita à autoridade antitruste o prévio conhecimento da existência do grupo; e, por meio da adoção de mecanismos preventivos – como os compromissos de desempenho, os APROs e as medidas cautelares – diminui a probabilidade de adoção de condutas anticoncorrenciais.⁴⁸⁰

⁴⁷⁸ Engrácia Antunes ensina que, existente a referida separação entre norma e realidade, “quando uma sociedade-filha integrada no perímetro de determinado grupo societário, em cumprimento de instruções emanadas da cúpula hierárquica ou de outros escalões superiores do grupo, ou simplesmente dando seguimento à estratégia empresarial do todo económico, pratica determinados actos violadores das normas do direito da concorrência [...], do direito do trabalho [...], do direito bancário [...], ou até do direito das obrigações [...], tais actos serão, em princípio, apenas imputáveis à concreta pessoa colectiva societária que os praticou formalmente – bem como apenas contra esta e no limite do respectivo acervo patrimonial poderão os terceiros afectados por tais comportamentos fazer valer os respectivos direitos –, quando é certo que o protagonista ou autor material, em virtude da cadeia de comando intersocietário que cimenta a unidade de direcção económica do grupo, verdadeiramente se situa alhures.” (**Os grupos de sociedades**, p. 183).

⁴⁷⁹ “A existência de um controle comportamental mais efetivo com relação a muitas empresas com poder no mercado só é possível graças ao controle estrutural.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 384).

⁴⁸⁰ A atuação preventiva é sempre preferencial à sancionatória, pois “da prevenção em campo microeconómico podem derivar importantes efeitos positivos macroeconómicos.” (*Idem, ibidem*).

CONCLUSÃO

A sociedade capitalista está em um movimento de constante transformação e inovação, impulsionado pela competição entre os agentes econômicos por uma melhor posição no mercado globalizado. Neste contexto, em que somente a grande empresa é viável, surgem as concentrações econômicas e, dentre as suas formas, a figura dos grupos societários identifica-se como a mais relevante. O objetivo deste trabalho foi constatar a importância dos grupos, tanto no direito societário, quanto no direito concorrencial, e investigar como se dá a interação entre ambos os ramos do direito em torno desse fenômeno.

O primeiro escopo perseguido foi a análise dos grupos de sociedades sob uma perspectiva estrutural. Pôde-se concluir que: os grupos societários são um resultado natural do movimento concentracionista da economia capitalista globalizada; o conceito de grupo de sociedades não é pacífico na doutrina e pode variar de acordo com o ramo do direito aplicado, sendo o da LSA o mais restrito; apesar disso, os pressupostos de existência dos grupos de direito (e de subordinação) previstos nesta lei podem ser utilizados para identificar os grupos de fato e os de coordenação; os grupos de sociedades distinguem-se de outras formas de união de empresas em torno de objetivos comuns, tais como a sociedade de propósito específico, a sociedade holding, o consórcio de empresas, a joint venture, as redes contratuais e os acordos de empresas.

Em seguida, procedeu-se ao estudo do direito concorrencial brasileiro, sob a perspectiva da Lei nº 8.884/1994, com ênfase no tratamento dado às concentrações econômicas. Concluiu-se que: o direito concorrencial, em sua configuração moderna, surgiu no mesmo movimento de concentração econômica que originou os grupos societários; além de servir para evitar as crises do mercado capitalista, esse ramo do direito é um importante instrumento do Estado para conduzir o processo de desenvolvimento econômico do país; o sistema legal brasileiro homenageia as escolas de Chicago e de Freiburg, ao eleger como objetos imediatos de proteção a eficiência econômica, a defesa do consumidor, a livre iniciativa, a livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico; a importância de um controle estrutural das diversas formas de concentração, baseado na definição de mercado relevante e do poder econômico dos agentes que se concentram, reside na prevenção de

possíveis prejuízos à concorrência; a Lei nº 8.884/1994 apresenta um critério de identificação concreta das diversas formas de concentração econômica concorrencialmente relevantes; os mecanismos desta lei de avaliação do impacto concorrencial da concentração são aptos a adequar-se à política econômica estatal; as formas de aprovação condicional das concentrações objetivam garantir que os potenciais efeitos benéficos sejam efetivamente atingidos.

Na terceira etapa deste trabalho, buscou-se identificar a relação entre o direito societário e o concorrencial, e nela a base para a análise dos grupos de sociedades sob a perspectiva do direito concorrencial brasileiro. Chegou-se às seguintes conclusões: o direito societário brasileiro incentiva as concentrações econômicas, quando deveria assumir uma postura de neutralidade; o direito concorrencial amplia e modifica os conceitos societários, de modo a adaptá-los à sua necessidade de melhor identificar o fenômeno concentracionista na realidade das práticas econômicas; a Lei nº 8.884/1994, ao substituir a noção de poder de controle pelo da influência dominante, abrange todas as modalidades de grupos societários, porém os grupos de coordenação são formas de cooperação econômica, submetidas ao controle das condutas; o direito da concorrência é aplicável ao grupo e às sociedades que o compõem tão somente em suas relações externas; a constituição dos grupos societários é de grande relevância para o direito da concorrência em razão de sua aptidão para constituir e assegurar posições monopolistas e oligopolistas, de poder econômico e político especialmente elevados; a importância do controle estrutural da formação dos grupos societários reside na grande probabilidade de prática de condutas anticoncorrenciais e na dificuldade de seu adequado sancionamento na falta de um conhecimento prévio da existência do grupo pelas autoridades antitruste.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária**. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 972-40-1629-3.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Grupos e consórcios. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, p. 246-256, janeiro-março de 1983.

BULGARELLI, Waldírio. **Concentração de empresas e direito antitruste**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997. ISBN 85-224-1747-4.

CHAMPAUD, Claude. **Le pouvoir de concentration de la société par actions**. Paris: Sirey, 1962.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro: comentários à lei n. 8.884/94**. São Paulo: Saraiva, 1995. ISBN 85-02-01570-2.

_____. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. ISBN 978-85-02-06380-8.

COMPARATO, Fábio Konder. Concorrência desleal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 375, p. 29-35, 1967.

_____. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 732, p. 38-46, outubro de 1996.

_____. O indispensável direito econômico. In: **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 453-499.

_____. Os grupos societários na nova lei de sociedades por ações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 23, p. 91-107, 1976.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. ISBN 978-85-309-2671-7.

COSTA, Marcos da. Artigos 15 a 19. In: COSTA, Marcos; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coord.). **Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos: comentários à Lei nº 8.884/94 e estudos doutrinários.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 197-201.

CUNHA, Carolina. **Controlo das concentrações de empresas: direito comunitário e direito português.** Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 978-97-240-2497-4.

DUTRA, Pedro. **A concentração do poder econômico: jurisprudência anotada.** v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 53-79.

FERRAZ, Sérgio. Atos de concentração e mercado relevante. **Revista de Direito Público da Economia.** Belo Horizonte, n. 1, p. 343-359, janeiro-março de 2003.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste.** 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008. ISBN 978-85-203-3261-0.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Disciplina jurídica do abuso do poder econômico. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, v. 640, p. 255-262, fevereiro de 1989.

GALBRAITH, John Kenneth. BARBOSA, Paulo Anthero Soares (Trad.). **A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2004. ISBN 85-359-0570-7.

GARRIGUES, Joaquín (Coord.); ESCUDERO, A.; FERRER, R.; GARCIA, J. A.; RINCÓN, A. **Apuntes de derecho de la competencia comunitario y español.** Madrid: Dykinson, 2002. ISBN 84-8155-926-1.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: sociedade anônima.** 1. ed., v. II. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. ISBN 85-7453-536-2.

GUIMARÃES, Leonardo. A SPE – sociedade de propósito específico. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 125, p. 129-137, janeiro-março de 2002.

HOLLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos. Os grupos de sociedades e o direito societário: retrato de uma crise. **Revista de Direito Empresarial**. Curitiba: Juruá, n. 7, p. 69-97, janeiro-junho de 2007.

_____. **Os grupos societários como superação do modelo tradicional da sociedade comercial autônoma, independente e dotada de responsabilidade limitada**. 2008. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

ISFER, Edson. **Sociedade de propósito específico como instrumento de recuperação de empresas**. 2006. 348 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. O direito antitruste e o controle do lobby por regulação restritiva da concorrência. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, n. 1, p. 63-100, janeiro-março de 2003.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. ISBN 85-203-2426-6.

LOBO, Jorge. Direito dos grupos de sociedades. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 107, p. 99-122, julho-setembro de 1997.

_____. **Grupo de sociedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MAGALHÃES, José Carlos; SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. A concentração de empresas e a competência do CADE, **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 113, p. 30-43, janeiro-março de 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. ISBN 85-203-2815-6.

MEYER-PFLUG, Samantha. Lei antitruste. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 32, p. 199-209, julho-setembro de 2000.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desconsideração da personalidade jurídica e grupos de sociedades. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 134, p. 25-47, abril-junho de 2004.

_____. **Empresa contemporânea e direito societário**: poder de controle e grupos de sociedades. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. ISBN 85-7453-368-8.

NOGUEIRA, José Carlos da Silva. O contrato de “joint venture” na matéria antitruste. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 125, p. 129-137, janeiro-março de 2002.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

PETITPIERRE-SAUVAIN, Anne. **Droit des sociétés et groupes de sociétés**: responsabilité de l'actionnaire dominant / retrait des actionnaires minoritaires. Geneva: Georg, 1972.

POPP, Carlyle; ABDALA, Edson Vieira. **Comentários à nova lei antitruste**. Curitiba, Juruá, 1994.

PROENÇA, José Marcelo Martins. Artigos 54 a 57. In: COSTA, Marcos; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coord.). **Direito concorrencial**: aspectos jurídicos e econômicos: comentários à Lei nº 8.884/94 e estudos doutrinários. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 371-406. ISBN 85-87984-49-7.

RIPERT, George; MORALES, José Quero (Trad.). **Aspectos jurídicos del capitalismo moderno**. Granada: Comares, 2001. ISBN 84-8444-232-2.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. ISBN 978-85-7420-803-9.

_____. **O novo direito societário**. São Paulo: Malheiros, 1998. ISBN 85-7420-062-X.

SILVA, Clóvis V. do Couto. Grupo de sociedades. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 647, p. 07-22, setembro de 1989.

SZTAJN, Raquel; SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Regulação e concorrência no sistema financeiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 123, p. 41-58, julho-setembro de 2001.

VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 0012/1994. Relator Conselheiro José Matias Pereira. Julgado em 17/11/1994. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15/10/2010.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.001235/2005-12. Relator Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Julgado em 01/02/2006. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15/10/2010

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Relator Conselheiro Thompson Almeida Andrade. Julgado em 04/02/2004. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 25/09/2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.002156/2008-63. Relator Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 07/05/2008. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 25/09/2010

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.005581/2004-81. Relator Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Julgado em 08/12/2004. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 16/08/2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.005747/2006-21. Relator Conselheiro Luis Fernando Schuartz. Julgado em 18/04/2007. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 25/09/2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.006976/2001-58. Relator Conselheiro Cleveland Prates Teixeira. Julgado em 17/12/2003. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 25/09/2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.008130/2010-43. Relator Conselheiro Olavo Zago Chinaglia. Julgado em 01/09/2010. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 05/10/2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.011068/2007-71. Relator Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Julgado em 28/07/2008. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 24/08/2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.012223/1999-60. Relator Conselheiro Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer. Julgado em 04/09/2002. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 10/10/2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Consulta nº 0068/00. Relator Conselheiro Celso Fernandes Campilongo. Julgado em 13/12/2000. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 16/08/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 187.940. 4ª Turma. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. DJ 21/06/1999. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16/06/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 689.653/AM. 3ª Turma. Relator Ministro Ari Pargendler. DJ 15/08/2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05/10/2010.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 493.912-2 – 18ª Câmara Cível. Relator Desembargador Luís Espíndola, julgado em 01/10/2008. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em 17/10/2010.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Resolução nº 18, de 15 de novembro de 1998. Regulamenta o procedimento de consulta ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE - sobre matéria de sua competência. **Diário Oficial da União**, Brasília, 08 de fevereiro de 1999, p. 2.

_____. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 de dezembro de 1976, p. 1 (suplemento).

_____. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de junho de 1994, p. 8437.

_____. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 de maio de 1994, p. 8353.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de janeiro de 2002, p. 1.

_____. Projeto de Lei nº 3.937, de 2004. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 23/08/2010.

_____. SDE/SEAE. Portaria Conjunta SDE/SEAE nº 50, de 1º de agosto de 2001. Expedir o Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal, anexo a esta portaria. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 de agosto de 2001, p. 12.