

PODER ECONÔMICO: CONCENTRAÇÃO E REESTRUTURAÇÃO

Pedro Dutra*

- Objeto do controle preventivo do CADE. - Centro e concentração do poder econômico. - Centro do poder, independência e mercado concorrencial. - Controle do CADE: centro do poder e sua órbita. - Efeitos de atos jurídicos inorbitantes ao centro do poder e jurisprudência. - Atos jurídicos inorbitantes e o dever de notificar: incidência do § 4º, do art. 54, da Lei 8.884/94.

1. A empresa A detém o controle acionário da empresa B, e controla também a empresa C.

A empresa C, a sua vez, controla a empresa D.

A empresa B pretende assumir da empresa A o controle da empresa C, para incorporá-la e, a seguir, incorporar a empresa D, hoje pertencente à empresa C.

Desses atos resultará que a empresa A seguirá mantendo o controle que detém sobre a empresa B, que incorporará a empresa C, cujo controle era antes exercido pela empresa A.

Pergunta-se: Incide a regra do artigo 54, da Lei nº 8.884/94 sobre os atos jurídicos que integram as empresas B, C e D?

2. De início, faz-se necessário examinar o artigo 54, da Lei nº 8.884/94, que estipula o controle preventivo a ser exercido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica -

CADE - sobre os efeitos de atos jurídicos de integração firmados ou a serem firmados por empresas. Diz o artigo 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.”

"Atos, sob qualquer forma manifestados..." são atos jurídicos que empresas entre si celebram no curso de sua atividade ordinária. A forma de tais atos não interessa ao direito da concorrência, sendo antes matéria civil ou comercial, como ao início deixa claro o comando do artigo transcrito. A norma exemplifica esses atos, "sob qualquer forma manifestados", revelando a tendência expositiva do legislador que permeia o texto da Lei nº 8.884/94: "fusão, incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário" (artigo 54, § 3º). A prática registra, entre vários, atos também correntes e que se alinham àqueles, tais a cisão (venda de ativos), joint-venture, contratos de fornecimento ou de prestação de serviços de longa duração, etc.

Em verdade, refere-se a Lei nº 8.884/94 a atos e negócios jurídicos - "Atos e Contratos", diz seu Título VII, Capítulo I - de integração; isto é, atos ou negócios que integrem, em mãos de uma, o poder econômico antes detido por duas ou mais empresas independentes.

Assim o § 3º, do artigo 54, ao especificamente dizer:

"Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica". (grifo meu).

Não quis, portanto, o legislador referir-se a todos os atos e negócios jurídicos celebrados por empresas, mas sim aos atos ou negócios jurídicos de integração que levem à concentração, em mãos de uma empresa, do poder econômico de duas ou mais empresas antes independentes; assim porque,

precisamente desses atos, surtirão efeitos que "possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços" (art.54, caput). E, sendo a restrição à concorrência e a dominação de mercados a finalidade do abuso do poder econômico¹⁰, deve o CADE não só as reprimir, como também preveni-las.

3. A proteção à livre-concorrência, nos termos da Constituição Federal, art. 173, dá-se pela repressão ao abuso do poder econômico que materializa-se nas condutas infrativas de agentes econômicos; mas, por vezes, tal abuso é prefigurado a partir dos efeitos a irradiar dos atos jurídicos por eles celebrados que promovam concentração do poder econômico por eles detido. A repressão às infrações à ordem concorrencial dá-se mediante a imposição aos infratores - não só empresas, mas a todos os atores presentes no mercado concorrencial, associações, indivíduos, etc. - das penas pecuniárias previstas nos artigos 23 e 26, da Lei nº 8.884/94. Já a função preventiva do CADE verifica-se na apreciação dos efeitos de ato de concentração do poder econômico, a ele submetido nos termos do artigo 54, da mesma Lei, podendo o CADE desconstituir o ato que não aprovar, conforme o § 9º do artigo citado.

A concentração econômica que o citado artigo 54 em seu § 3º refere, é a concentração do poder econômico de duas ou mais empresas, antes independentes. De ordinário, o poder econômico surge espontaneamente; em geral, é ele alcançado pela qualidade dos produtos ou serviços, da administração, do marketing, enfim, por um conjunto de meios eficientes acumulados por determinada empresa e que a ela conferem esse poder, em um processo nomeado pela doutrina norte-americana como *internal growth*. Mas tal poder, em vez de ser acumulado pelo crescimento interno, pode ser integrado de uma empresa à outra, mediante ato jurídico de integração

¹⁰ Assim o art. 173, § 4º da Constituição Federal, que diz: " A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros."

celebrado por duas ou mais empresas independentes, ou, em síntese, em razão de ato de concentração¹¹.

O poder conquistado por meio de eficiência competitiva - por meio de crescimento interno da empresa - não faz objeto do controle exercido pelo CADE nos termos do artigo 54. Ao contrário: o poder econômico de uma empresa, resultante de sua eficiência competitiva, é saudável, pois traduz, necessariamente, investimentos feitos em seus produtos e serviços oferecidos ao consumidor, que, ao preferi-los, reconhece-lhes a superioridade em relação aos produtos ou aos serviços concorrentes. A Lei brasileira, nesse passo, apenas reconheceu uma verdade concorrencial: em mercados competitivos, onde a disputa pelo consumidor é livre e defendida (sempre na forma da Lei), dificilmente a liderança de determinada empresa deixará de traduzir uma eficiência real, por ela alcançada.

Já o poder econômico de uma empresa, obtido mediante um ato de integração do poder de outra empresa, expressará uma concentração do poder, e não uma acumulação, natural e progressiva, como a que se verifica na hipótese do crescimento interno. Ou seja, o poder econômico que se concentrou, nesse caso, não é um poder nascido e acumulado em razão da eficiência da empresa e havido na disputa pelo mercado, entre concorrentes.

O poder econômico que se integra, mediante um ato de integração, é o poder de uma empresa independente que se transporta ao poder econômico de outra empresa independente - é um poder que de um centro vai ter a outro centro: um poder que se concentra.

4. Observado o mercado onde empresas atuam, vê-se que representam elas centros independentes do poder econômico que encerram, em forma singular - em uma única empresa - ou sob a forma de um grupo de empresas, isto é, duas ou mais sob

¹¹ cf. DUTRA, Pedro. "A concentração do poder econômico: aspectos jurídicos do art. 54, da Lei nº 8.884/94". Palestra proferida no Plenário do CADE, em 11 de julho de 1996 *in Revista do CADE*.

a liderança de uma, como ensinam LAMY Fº.& BULHÕES PEDREIRA:

"O conjunto formado por duas ou mais sociedades interligadas por relações de participação constitui uma estrutura de sociedades, que é hierarquizada - e referida como "grupo de sociedades" quando as relações são de controle (...).

Se o grupo compreende três ou mais sociedades, a estrutura pode ter a disposição de uma cadeia (a sociedade de comando controla outra sociedade que, por sua vez, é controladora de uma terceira) ou de uma pirâmide (a sociedade de comando controla duas ou mais sociedades que, por sua vez, são - em conjunto - controladoras de outra ou outras). Em ambos os tipos de estrutura existem relações de poder de controle direto (entre o controlador do grupo e a sociedade de comando ,e entre duas sociedades) e de controle indireto (entre o controlador do grupo e cada uma das sociedades controladas, ou entre sociedades controladoras e controladas." (in "A Lei das S.A. - pressupostos, elaboração, aplicação". Rio de Janeiro. 1992. p. 78 e 79)

Esses centros de poder representados pelas empresas, ou por um grupo de empresas formado sob a liderança de uma, são centros do poder econômico independentes, ou seja, seus titulares, as empresas, ou grupos delas, são independentes na medida em que definem suas estratégias de investimento - administrativa, de produção, comercial, etc.. A Lei das Sociedades Anônimas apanhou essa realidade e dela identificou os planos de controle entre empresas:

"Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direito que lhe assegure, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores." (artigo 243, § 20, da Lei nº 6.404/76)

A norma societária alemã, fonte da brasileira nesse ponto, é mais clara ao identificar a independência como característica essencial a determinar a capacidade de a

sociedade agir autonomamente, e portanto formar um centro singular e independente do poder econômico:

"Se uma [empresa] dominante, ou uma ou mais empresas dependentes são reunidas sob a direção uniforme da empresa dominante, constituem elas um grupo (...) Empresas entre as quais um contrato de subordinação existe, uma delas é integrada a outra, consideradas como reunidas sob direção uniforme. Presume-se que uma empresa dependente forme grupo com a empresa dominante. Se empresas juridicamente independentes são reunidas sob uma direção uniforme, sem que uma empresa dependa da outra, constituem elas também um grupo; as empresas individuais são empresas agrupadas¹²". (§18. in cf. MUELLER&GALBRAITH. Aktiengesetz - "The German Stock Law". 1976. p. 45).

O centro do poder econômico pode estar, portanto, em um grupo de empresas, ou em uma única empresa, como já reconhece há muito a doutrina jurídica:

"Na realidade, a doutrina reconhece, hoje, que o grupo empresarial representa atualmente a unidade da empresa sob a forma de uma ou de várias sociedades. Sendo a empresa uma unidade econômica de produção ou distribuição de bens ou serviços caracterizada pela existência de uma decisão unitária, essa unidade de decisão econômica, que abrange as sociedades do grupo, caracteriza a existência da empresa, que passa a coincidir e a se

¹² "Sind ein herrschendes un ein oder mehrere abhängige Unternehmen, unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst, so bilden sie einem Konzern (...) Vor einem abhängigen Unternehmen wird vermutet, dass es mit dem herrschenden Unternehmen ein Konzern bildet. Sind rechtlich selbständige Unternehmen, ohne dass das einen Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie auch einem Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen."

identificar não mais com a sociedade, mas com o grupo societário.” (DESPAX, in “L'Entreprise et le Droit”, p. 257 e ss, apud WALD&EIZIRIK, in “A Designação 'grupo de sociedades' e a Interpretação do artigo 267, da Lei das S/A”. Revista de Direito Mercantil. nº 54. p. 56 e 57).

Assim, no mercado as empresas apresentam-se solitariamente, ou sob a forma de um determinado grupo econômico, igualmente independente e unitário em sua expressão econômica, uma vez que as empresas que nele inorbitam subordinam-se a um comando único. Ao formular a teoria da firma, a ciência econômica definiu-lhe o recorte, com que ela se acha no mercado, a partir de seu controle e não da sua roupagem societária, o mesmo fundamento, como vimos, admitido pela ciência jurídica:

"A firma fica demarcada por duas características: I) a existência de uma gerência central que "é responsável pela definição ou alteração da estrutura administrativa da firma, estabelecendo as políticas gerais e tomando decisões sobre aquelas matérias que não tenham sido delegadas a nenhum executivo subordinado ou em relação às quais não tenham sido definidos princípios precisos anteriormente" - esta última categoria incluindo “pelo menos as principais decisões financeiras e de investimento da firma e o preenchimento dos cargos gerenciais mais elevados. (Penrose, 1959, p.16); 2) a existência de um pool, real ou virtual de suas partes constituintes sob o controle da gerência central que é a responsável final por sua aplicação e pelas decisões de investir." (GUIMARÃES, Eduardo Augusto. in “Acumulação e Crescimento da Firma: um estudo de organização industrial”. Rio de Janeiro. 1981. p. 25.)

A norma brasileira de defesa da livre-concorrência admitiu claramente essa realidade, e tomou, como centros do poder econômico distintos, empresas e grupo de empresas,

como se tem em seu artigo 20, § 2º e 3º, ao referir "uma empresa ou grupo de empresas".¹³

A regra jurídica vigente na União Européia, a reger a apreciação dos atos de concentração pelo órgão de defesa da livre-concorrência, apanhou igualmente essa realidade, mas, apurando-lhe a informação normativa, pôs a independência anterior das empresas que vão integrar os respectivos centros de poder econômico como um dos pressupostos a determinar o exame prévio dos efeitos do ato de concentração pelo órgão comunitário de defesa da livre-concorrência. Assim, o artigo 30 do Regulamento nº 4.064/89:

"Article 3

Definition of concentration

1. A concentration shall be deemed to arise where:

(a) two or more previously independent undertakings merge (...)"

(grifo) (Council Regulation EEC 4.064/89.)

Ora, a independência das empresas, anterior à celebração do ato de concentração por parte de seus figurantes, é uma condição óbvia não apenas porque somente centros de poder econômico independentes, de empresas ou de grupos de empresas, podem vir a se concentrar, mas porque somente empresas independentes concorrem entre si. E o poder econômico que mobiliza os órgãos de defesa da livre-concorrência é aquele cujo abuso poderá afetá-la. Vale dizer, o poder econômico, de duas empresas ou grupos de empresas, anteriormente independentes (two or more previously independent undertakings), que, ao se concentrar, poderá,

¹³ Art 20 (...)

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

como demonstra a experiência, impedir, excluir ou reduzir a concorrência existente ou potencial.

A concentração do poder econômico obtida mediante um ato de concentração será, em consequência, avaliada como um fator cujos efeitos irão incidir sobre o mercado concorrencial, podendo, ou não, vulnerar-lhe ou frustrar-lhe a força dinâmica ou, mesmo, subtrair um agente na disputa concorrencial, ou, ainda, impedir a entrada de novo ou novos concorrentes.

A contrario sensu, se anteriormente ao ato de concentração não forem independentes, uma ou ambas as empresas figurantes no ato jurídico de integração, mesmo se esse revestir-se da forma de incorporação, fusão, cisão, etc., dele não poderão ser irradiados efeitos que importem em concentração do poder econômico, e por essa razão, tais efeitos não serão capazes de, por qualquer forma, prejudicar à ordem concorrencial ou resultar em dominação de mercados relevantes.

Como está claro na doutrina comunitária:

"The most obvious significance of the term merger in this context is that it implies the formation of a single enterprise from undertakings which were previously separate and distinct; and that the formation was a voluntary act by both (or all) sides." (grifo) (DOWNES, T. A. and ELLISON, J.. The Legal Control of Mergers in the EC. London. 1991. p. 35)

5. Importa ao órgão de defesa da livre-concorrência conhecer os atos de concentração do poder econômico firmados por empresas atuantes nos distintos mercados relevantes, para apreciar-lhes possíveis efeitos anticoncorrenciais; porém, tais concentrações só podem se dar mediante a integração de empresas antes independentes, autônomo o poder econômico que cada qual, a sua vez, detinha. Assim, o recorte societário com que tais empresas se acham no mercado concorrencial não é relevante, devendo antes ser considerado se formam elas centros independentes do

poder econômico, que detêm, ou não. Em caso afirmativo, poderá a empresa, como centro do poder econômico que encerra, apresentar-se singularmente, ou o centro do poder econômico apresentar-se sob a forma de grupo, a reunir mais de uma ou mesmo várias empresas, sob o comando central de uma única empresa. Em caso negativo, isto é, não se apresentando como centro do poder econômico independente, as empresas que perfazem atos jurídicos tais os de incorporação, fusão, compra e venda de ações, etc., agem internamente a um mesmo grupo econômico; esse, sim, constitui-se em um centro independente do poder econômico liderado pela empresa que exerce o controle do grupo e que se acha presente em determinado mercado relevante.

A jurisprudência comunitária europeia reconhece esta realidade, qual seja, atos praticados por empresas que não formam centro do poder econômico independente, como em obra notável e recente demonstram ROWLEY & BAKER:

"As defined, a concentration within the meaning of the Merger Regulation is limited to changes in control. Internal restructuring within a group of companies, therefore, cannot constitute a concentration.

In this case, whether the operation is to be considered as an internal restructuring or not depends in turn on the question whether both undertakings were formerly part of the same economic unit (...) Where the undertakings were formerly part of different economic units having an independent power of decision the operation will be deemed to constitute a concentration and not an internal restructuring. Such independent power of decision does not normally exist, however, where the undertakings are within the same holding company." (grifo) (ROWLEY, J. William and BAKER, Donald I. international mergers the antitrust process. London. 1996. v. I, p. 584).

A norma e a jurisprudência européias, nesse passo, seguiram a experiência norte-americana, que, atualizando as normas de defesa da concorrência, foi assim estabelecida pelo legislador na regra contida no artigo 7, do CLAYTON ACT:

“7A. Notificação: pré-concentração e termo de espera (...)

(c) Transações isentas

As seguintes classes de transações são isentas dos requerimentos deste artigo --

.....

(3) aquisições de ações com direito a voto de uma pessoa jurídica na qual o adquirente detenha no mínimo 50% das ações com direito a voto anteriormente à aquisição." (Tradução de DUTRA, Pedro. in Revista do IBRAC: Caderno de Legislação. v. 3. nº 2. fevereiro/96. p. 9)

Na doutrina norte-americana, tais atos jurídicos de integração, sob a forma de aquisição, incorporação etc., celebrados por empresas não independentes, são denominados atos intra-persons, e, como se tem na norma legal daquele país, seus celebrantes são excetuados do dever de notificá-los ao órgão de defesa da concorrência, imposto aos celebrantes de atos de concentração do poder econômico, pela Lei. É o que demonstra WILLARD, no mais completo trabalho de análise jurisprudencial do direito norte-americano da concorrência:

“The more important exemptions (ao dever de notificar ao FTC os atos de concentração) include: (1) acquisitions of goods and realty in the ordinary course of business; (2) acquisitions of voting securities "solely for the purpose of investment" where the acquiring person will not hold more than 103% of the issuer's voting securities; and (3) certain intraperson transactions such as mergers of subsidiaries, repurchases of a corporation's own stock, and creation of wholly-owned subsidiaries, all of which involve acquiring and acquired entities within the same parent.”

(grifo) (TOM, Willard K. "Antitrust Law Developments 3rd". American Bar Association. v. 1. 1992. p. 340).

Pela mesma linha, os regulamentos - Rules - baixados pela Federal Trade Commission, como os anotou PRAGER: intra-person transactions, cujos efeitos confirmadamente não exorbitam o grupo econômico, constituem-se exceções ao dever de notificar ao órgão de defesa da concorrência - isto é, são not reportable transactions. (cf. "Premerger Notification Practice Manual". PRAGER, Bruce J., editor. Chicago. 1991. p. 219.)

A Lei canadense é absolutamente precisa ao reconhecer que atos jurídicos entre empresas do mesmo grupo econômico - intra-person transactions - não importam em concentração de poder e, portanto, excluem seus celebrantes do dever de reportá-los aos órgãos de defesa da livre-concorrência. Literalmente, diz o artigo 113, da referida norma:

"The following classes or transactions are exempt from the application on this Part:

(a) a transaction all the parties to which are affiliates of each other."

(cf. CLIFFORD, KAZANJIAN&ROWLEY, in "International Mergers - the antitrust Process". ob. cit. I. pp. 208 e 258)

6. Os atos jurídicos celebrados por empresas que inorbitam um mesmo grupo econômico não são capazes de concentrar poder econômico - e é esta a razão porque a Lei, a doutrina e a jurisprudência norte-americana, a européia e a canadense os tomam por not reportable transactions, atos os quais seus celebrantes estão excetuados de notificar às autoridades de defesa da livre-concorrência.

Qual, então, o alcance dos efeitos de tais atos? Efeitos que ferem apenas a estrutura do grupo econômico: não alcançam o espaço concorrencial e assim não podem alterar a estrutura de mercado relevante algum. São tais efeitos inorbitantes ao grupo; mudam-lhe apenas a feição interna, contidos que estão no âmbito do grupo. Pode-se, em

consequência, dizer que esses efeitos importam em uma reestruturação no interior do grupo - internal restructuring - sem repercussão em seu controle e, menos ainda, sobre a estrutura do mercado concorrencial aonde o grupo se insere.

A jurisprudência brasileira já admitiu que atos jurídicos cujos efeitos inorbitam a um mesmo grupo econômico, celebrados por empresas submetidas ao controle de uma empresa controladora, e mesmo que se invistam de forma de atos de integração não podem importar em concentração do poder econômico, enfatizando que os efeitos desses atos não se projetam sobre o plano concorrencial:

"A operação de incorporação de CBV Nordeste Indústria Mecânica S.A., por sua controladora CBV Indústria Mecânica S.A., ainda que tenha promovido o aumento da participação relativa da incorporadora no mercado relevante, em virtude da absorção das vendas da incorporada, não alterou o índice de concentração daquele mercado. Isto porque, na aferição do grau de concentração dos mercados considera-se, em relação às empresas pertencentes a um grupo, o percentual agregado da controladora e de todas as controladas. A razão dessa agregação reside no fato de que as empresas de um mesmo grupo, não são, na realidade concorrentes entre si, submetidas que estão a um controle comum. A empresa controladora exerce efetivamente seu poder de comando, indicando administradores e traçando as estratégias e diretrizes a serem obedecidas na persecução dos objetivos do grupo. Não há falar, pois, em aumento do poder de mercado, com prejuízo para a concorrência, quando determinado grupo promove uma reestruturação que importa em deslocamento do controle acionário de uma empresa para outra. Essas estratégias constituem matéria "interna corporis" do grupo e buscam, na quase totalidade dos casos, adequar a produção à dinâmica dos mercados, tornando a empresa mais eficiente e competitiva.

Afigura-se-me ser esta a hipótese dos autos, não se enquadrando o ato de incorporação em exame, por isso, entre aqueles que exigem a aprovação do CADE." (grifo) (Conselheira-Relatora: Neide Teresinha MALARD. Ato de Concentração nº 20/04. in Revista do IBRAC. v. 2. nº 4. outubro/1995. p.32 e 33).

Atos jurídicos cujos efeitos inorbitam um mesmo grupo econômico não são capazes de concentrar poder econômico, e portanto não são - não podem ser - atos de concentração. A decisão acima veio somar-se outra, do mesmo CADE, em igual sentido:

"Constata-se, então, que todas as empresas que participaram das citadas operações pertencem ao Grupo Hansen, estando, inclusive, três delas, sob controle direto ou indireto da própria incorporadora, Tubos e Conexões Tigre Ltda.

E, como é conhecido, empresas do mesmo Grupo, por visarem a iguais objetivos, adotam as estratégias do interesse do Grupo, e, por tal razão, não concorrem efetivamente entre si. Enfim, são submetidas a um controle comum.

O que ocorreu, nos casos em exame, foi uma reestruturação promovida pelo Grupo, em algumas de suas empresas, objetivando, segundo reiteradamente informado nos autos, uma racionalização administrativa, através da centralização, na Tigre, de parcelas patrimoniais de outras empresas do Grupo, ou mesmo, como no caso da Hansen Factoring, da incorporação da própria empresa, configurando-se tais atos "como fórmula jurídica mais econômica e adequada" (AC-08194, fls. 03). Dessa maneira, o mercado relevante correspondente à atuação da Tigre não veio a sofrer, como decorrência de tais operações, qualquer impacto anticoncorrencial, já que a empresa incorporada, considerada, por sinal, de pouca expressividade em seu mercado de atuação, atuava sob controle da Cia. Hansen Industrial (também controladora da Tigre),

sendo que as suas atividades, segundo consta do processo, foram absorvidas pela incorporadora. Em suma, os mercados relevantes de atuação - das empresas envolvidas, e com mais ênfase o de tubos e conexões de PVC, área de atuação da Tigre, empresa incorporadora, não sofreram qualquer alteração no que concerne a índices de concentração." (grifo) (Conselheiro- Relator: Carlos Eduardo VIEIRA DE CARVALHO. Ato de Concentração n°s 07, 08, 09 e 10/94. in Revista do IBRAC. Caderno de Jurisprudência Atos de Concentração Econômica. v. 2. n° 4 outubro 1995. pág. 46.)

O CADE aprecia, nos termos da Lei, os efeitos que nascem, ou poderão nascer da integração de um centro do poder econômico independente a outro centro do poder econômico também independente, ou seja, os efeitos irradiados sobre o mercado concorrencial dessa concentração do poder econômico - desse ato de concentração.

A relação existente entre ato de concentração e os efeitos dele irradiados - e que, como diz a lei brasileira, "possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência e resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços" - é incidível, como atesta CLARK:

"Antitrust law is concerned with business combinations that pose a threat to competition. From its standpoint, what matters is the major common element between our polar sale and merger: the fact that two businesses once run by separate top managements are now controlled by one top management. Formerly independent decisions about pricing, output, and the like may now be coordinated." (grifo) (CLARK, Robert Charles. Corporate Law. Boston. 1986. p. 418).

O suporte fático (a independência econômica prévia dos figurantes do ato) sobre o qual a regra incide (a apreciação dos efeitos do ato pelo órgão de defesa da livre-concorrência), encontra na doutrina italiana exegese ainda

mais próxima do nosso direito. O reconhecimento de serem os efeitos objeto de apreciação dos órgãos de defesa econômica aqueles dedutíveis, exclusivamente, de atos jurídicos celebrados por empresas independentes que concentram o poder econômico que encerram, não foi, todavia, pacífico naquela doutrina.

Como observa CAIZZO, mesmo diante do disposto no artigo 5, I, da Lei italiana, que diz que os atos de concentração, a serem a ela notificados, referem-se a "duas ou mais empresas", isto é, a empresas independentes, em exata conformidade com o disposto na norma europeia, ainda assim a Autoridade italiana - Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato -, até recentemente entendeu que todos os atos de quaisquer empresas, inclusive os atos intra-grupo - intra-groups/affiliates concentrations, na linguagem europeia - devessem ser a ela notificados. (in "International Mergers..". ob. cit. v. I., p. 887 e ss.)

A clara erronia interpretativa desse entendimento da Autorità foi afinal revista, por ela mesma, como reporta o mesmo Autor:

"However, after much criticism the Authority, by means of a decision dated March 28, 1995, established that whenever the concentration occurs between a company (or other entity) and one or more companies in which the former holds, directly or indirectly, more than half the share capital or voting rights (in the ordinary shareholders' meeting) or among companies in which one company (or other entity) holds more than half the share capital or voting rights (in the ordinary shareholders' meeting), the concentration must not be notified to the Authority under the Act.I" (grifo) (ob. cit.. p. 888).

GUIZZI, comentando a correção do entendimento reformador da Autorità, viu na decisão seus aspectos jurídicos essenciais, agora em linha com a melhor doutrina da concorrência:

"Quel che interessa qui mettere in rilievo é piuttosto come questa Autorità nel corso dell'anno appena trascorso, pur ribadendo fondamentalmente il precedente orientamento, abbia tuttavia mostrato [a Autorità] in certe occasioni la tendenza ad ammettere che non possono ravvisarsi gli estremi della concentrazione - proprio per la mancanza dell'effetto tipico che questa produce - là dove tra le imprese protagoniste della vicenda, pur formalmente autonome, esiste già prima dell'operazione un rapporto di condizionamento delle rispettive sfere di azione (...). In tali circostanze secondo l'Autorità l'operazione non integra gli estremi della fattispecie - e quindi é sottratta all'obbligo di comunicazione - perché non altera gli equilibri di mercato, rimanendo il complesso aziendale sempre nella disponibilità del medesimo soggetto." (grifo) ("Le operazioni di concentrazione: la fattispecie." GUIZZI, Giuseppe. in "Concorrenza e Mercato". Milano. 1995. p. 107).

7. Do poder econômico que a empresa encerra pode nascer o seu abuso, cuja repressão, como vimos, faz o cerne da defesa da livre-concorrência. Acresça-se, desde já, que é do uso do poder econômico que nasce a melhor - a mais livre - concorrência possível.

Ora, se mesmo tendo sido celebrado ato jurídico de integração, o poder econômico não se concentrou, se os centros do poder remanescem independentes, isto é, iguais nos respectivos mercados relevantes, como, então, falar-se da possibilidade de se ter efeitos desses atos prejudiciais à ordem concorrencial ou a resultar em domínio de mercados relevantes?

A resposta a essa questão - que é a questão ora sob meu exame - está dada pelo próprio CADE:

"Inocorrendo, assim, qualquer alteração da estrutura do mercado, inexistente potencialidade

de risco para a concorrência, sendo certo ainda que atos como este não conduzem ao domínio de mercado, no sentido que a lei objetiva prevenir. Ao contrário, tendem a buscar o crescimento interno das empresas do grupo, tornando-as mais competitivas.

Por essas razões, entendo que o ato de incorporação da CBV NORDESTE INDÚSTRIA MECÂNICA S.A., pela CBV INDÚSTRIA MECÂNICA S. A., ora submetido ao CADE, não se enquadra nas hipóteses elencadas no artigo 54 da Lei nº 8.884/94, prescindindo, assim, para a sua eficácia, da aprovação deste egrégio Colegiado.

O mesmo motivo justifica a não incidência da multa prevista no § 4º do artigo 54 do mencionado diploma, conforme bem asserido pelo ilustre Procurador-Geral do CADE." (grifo) (Voto. Ato de Concentração nº 20/04. Conselheira-Relatora Neide Teresinha MALARD - Revista do IBRAC. v.2. nº 4. outubro/1995. p. 32 e 33).

A decisão, além de ratificar a impossibilidade de existir potencialidade ofensiva de ato jurídico que não seja de concentração do poder econômico, exclui, expressamente, a possibilidade de serem seus celebrantes punidos pela não submissão do ato ao controle do CADE. Em outra manifestação anterior, já havia o mesmo órgão regulador identificado a finalidade de ato semelhante ao da decisão anterior, para nele, igualmente, não ver ofensa à livre-concorrência:

“De acordo com os elementos constantes dos processos, os atos submetidos ao CADE, pela empresa Tubos e Conexões Tigre Ltda., apenas objetivaram a reestruturação interna ou a reorganização de empresas do Grupo Hansen, obedecendo a razões de interesse do Grupo, sob um controle comum, deles não resultando aumento dos índices de concentração nos mercados de atuação das empresas envolvidas. Não se configuram, pois, como passíveis de prejudicar a livre concorrência.”

E, nessa mesma decisão, conclui o Ilustre Conselheiro-Relator que tais atos qualificam-se, à vista da natureza deles, como atos não-notificáveis ao controle do CADE:

“Em conseqüência, entendo que tais atos não exigem, para a sua eficácia, a aprovação deste Plenário, eis que não se incluem entre aqueles que o artigo 54 da Lei nº 8.884/94 visa a prevenir.”(grifo) (Conselheiro-Relator: Carlos Eduardo Vieira de CARVALHO. Atos de Concentração n.ºs. 07,08,09,10/94. in ob. cit. p.47)

O dever de as empresas figurantes de atos de concentração notificá-los ao CADE - reportable transactions, do direito norte-americano - está disposto no § 3º e 4º, do artigo 54, da Lei nº 8.884/94:

“Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, (..) que implique participação de empresa ou grupo de empresa resultante em 20% do mercado relevante, ou que qualquer um dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000,00.” (grifo)

Os índices fixados no § 3º são índices que sinalizam a atuação do CADE. A eles sujeitam-se empresas independentes que celebrem ato de integração do poder econômico, e detenham determinada fração de mercado relevante, ou exibam certo porte econômico, indicados ambos os índices no texto legal. Ora, se o ato jurídico não integra centros do poder econômico de duas ou mais empresas antes independentes, e portanto dele não podem ser irradiados efeitos do poder econômico concentrado, as empresas que celebram tal ato estão desobrigadas de notificá-lo ao CADE.

Reconhecendo esse imperativo de elementar lógica jurídica, as duas últimas decisões do CADE acima transcritas são explícitas em excluir do campo de incidência do artigo 54, da Lei nº 8.884/94, os atos jurídicos intra-grupos, pois não são

e não podem ser eles atos de concentração do poder econômico, uma vez que as empresas neles figurantes não são empresas independentes e assim não formam centros autônomos de poder econômico que possam vir a ser concentrados.

Pela mesma ordem lógica, se não há o dever de as empresas notificarem atos intra-grupos ao CADE, não poderá haver a possibilidade de virem elas, por esse órgão, ser penalizadas por não os notificar. Isso porque o § 4, do artigo 54, da Lei nº 8.884/94 incide apenas sobre a omissão em notificar ao CADE os "atos de que trata o "caput" do artigo 54, isto é, atos de concentração, como se tem:

“Os atos de que trata o "caput" deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de 15 (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.”

Assim, deve-se afastar o entendimento no sentido de os índices - 20% do mercado relevante onde atue empresa ou grupo de empresa, ou R\$ 400.000,00 de faturamento bruto anual de qualquer um dos participantes no ato jurídico - alcançarem empresas ou grupo de empresas que celebrem atos jurídicos de incorporação, fusão, etc., mesmo que tais atos não importem em concentração do poder econômico - isto é, não sejam atos de concentração.

Não há como cindir o vínculo, claramente estabelecido, entre o § 4º, do artigo 54, e o caput deste, no qual, inscrevem-se, expressamente, os atos de concentração do poder econômico, exemplificados no § 3º, do mesmo artigo. A admitir-se a cisão desse vínculo, todos atos jurídicos celebrados por empresas ou grupos de empresas alcançadas pelos índices previstos no § 3º, do artigo 54, acima citado, converter-se-ia o CADE em órgão de registro de atos jurídicos, desvirtuada a sua função de exercer o controle sobre atos de concentração do poder econômico. Aliás, a própria Lei nº 8.884/94 reconhece, como não poderia deixar de ser, caber às Juntas Comerciais o registro de atos jurídicos - tais os de

fusão, incorporação, etc., celebrados por sociedades comerciais, como está em seu artigo 56.

Assim, tem-se que, nos termos do artigo 54, da Lei nº 8.884/94, somente os efeitos irradiados de atos jurídicos que venham a integrar o poder econômico detido por empresa ou grupo de empresas antes independentes, poderão vir a prejudicar a concorrência ou vir a resultar em dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. E, em consequência, apenas tais atos de concentração deverão ser levados à apreciação do CADE pelas empresas ou grupos de empresas que os celebrem, desde que sujeitas essas aos índices estabelecidos no parágrafo 3º, do mesmo artigo 54.

A contrario sensu, os atos que não concentrem poder econômico, ainda que se revistam de forma igual aos atos jurídicos que possam concentrar poder econômico - tais os de fusão, incorporação, aquisição, etc. - não poderão causar prejuízos à concorrência ou resultar em domínio de mercados relevantes de bens ou serviços. E, portanto, as empresas ou grupo de empresas que os celebrem estão desobrigados de levá-los ao controle do CADE, não sendo aplicáveis a elas, celebrantes do ato não concentrador do poder econômico, a sanção prevista no § 40, do artigo 54, da Lei nº 8.884/94.

8. Verifica-se, já como prática comum, casos de grupos econômicos obrigados também a promover reestruturação interna, isto é, fundir empresas que nele formam, ou uma a outra adquirir à controladora, e posteriormente ser uma delas incorporada, para o fim exclusivo de reduzir custos e alcançar a necessária escala competitiva.

Da mesma forma, os atos jurídicos a serem firmados entre a empresa B, a empresa C e empresa D são atos intra-grupos; atos que visam, exclusivamente, a uma reestruturação interna de um mesmo grupo econômico e cujos efeitos não extravasam o seu âmbito e assim não alcançam o plano concorrencial.

Ainda que se revistam de igual forma, somente os atos jurídicos que concentrem poder econômico independente de duas ou mais empresas são capazes de irradiar efeitos passíveis de restringir a livre-concorrência, ou capazes de

resultar em dominação de mercado, por uma empresa, a empresa concentrada.

A empresa B e a empresa C, como vimos, não se constituem em centros do poder econômico independentes, pois são controladas pela empresa A, líder do grupo que as reúne. Os atos jurídicos a serem celebrados pela empresa B com a empresa C e empresa A não são capazes de integrar poder econômico. Numa palavra: não são atos de concentração do poder econômico estes que celebram.

A jurisprudência do CADE, ao analisar os termos do artigo 54, da Lei nº 8.884/94, firmou entendimento de que somente são capazes de restringir a ordem concorrencial, ou resultar em dominação de mercados relevantes, aqueles efeitos irradiados de atos de concentração e, por essa linha de entendimento, explicitamente excluiu os efeitos de atos jurídicos - mesmo sendo eles de fusão, incorporação, aquisição, etc. - celebrados por empresas integrantes de um mesmo grupo econômico, como é precisamente o caso sob exame.

A jurisprudência do CADE, ao excluir da incidência do comando jurídico do artigo 54 ora citado os efeitos de atos jurídicos celebrados por empresas integrantes de um mesmo grupo econômico, afastou, expressamente, a incidência sobre tais empresas ou grupos de empresas das sanções previstas no § 4º, do mesmo artigo 54.

À vista do exposto, pode-se concluir que a aquisição a ser feita pela empresa B à empresa A do controle da empresa C, e a posterior incorporação dessa última pela primeira, e, também, a incorporação da empresa D pela empresa B, são atos jurídicos que não concentram poder econômico e que, portanto, sobre seus efeitos não incide o comando jurídico do artigo 54.