



CONCEITO JURÍDICO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO

JOYCE RUIZ RODRIGUES ALVES

GRADUADA EM DIREITO PELA PUC-SP

RESUMO

Este trabalho objetiva problematizar o conceito jurídico de “Ato de Concentração”. Entende-se que o referido conceito deve abranger todos os atos e contratos passíveis de conhecimento pelo CADE mediante o controle preventivo de poder econômico.

Ressalta-se a relevância de um conceito técnico e exato de “Ato de Concentração” para a eficiência da política de controle preventivo. Isso porque, beneficia, de um lado, os administrados na tomada de decisões e, de outro, a Administração, ao evitar desperdício de recursos na análise de atos que não apresentam potencial de alterar as estruturas de mercado.

Com base na análise da legislação, doutrina e da jurisprudência do CADE, demonstrar-se-á a ocorrência de uma ampliação da utilização técnica do conceito, de modo que se propõe a utilização de um conceito *lato sensu* de Ato de Concentração que, por sua vez, abrange duas espécies: (i) atos de concentração *stricto sensu* e (ii) acordos de cooperação empresarial.

PALAVRAS – CHAVE: controle preventivo de poder econômico, conceito jurídico de ato de concentração e ato de cooperação empresarial.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

SUMÁRIO

Lista de Tabelas.....	2
Introdução	3
Capítulo I: Quais são os objetivos do controle preventivo de poder econômico?	5
Capítulo II: Considerações sobre a experiência Internacional: conceito de Ato de Concentração adotado pelas autoridades antitruste estrangeiras.....	13
Capítulo III: O Conceito de Ato de Concentração esboçado na Lei de Defesa da Concorrência	14
Capítulo IV: Análise do conceito apresentado pela Doutrina Brasileira.....	22
Capítulo V: A questão das cooperações empresariais: devem ser analisadas mediante o controle de estruturas?.....	28
Capítulo VI: Análise da Jurisprudência do CADE.....	36
Capítulo VII: Proposta de um conceito <i>lato sensu</i> e <i>stricto sensu</i> de Ato de Concentração	47
Capítulo VIII: Conceito de Ato de Concentração constante do Projeto de Lei...50	
Considerações Finais.....	52
Referências Bibliográficas.....	55

LISTA DE TABELAS

Tabela A:	
Tipos de Operações Conhecidas pelo CADE no período de 2002 a 2006	39



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

INTRODUÇÃO

O artigo 173 §4º da Constituição Federal determina que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros. Com o intuito de conferir eficácia a esse dispositivo constitucional, a Lei 8.884 de 11.06.1994 (“Lei 8.884/94”) foi promulgada.

A Lei 8.884/94 esboça todo o arcabouço de normas de direito antitruste brasileiro, o qual, pode ser definido como corpo de normas mínimas de organização da ordem privada, que visam a aplicação de ações e de parâmetros voltados para conservação de condutas competitivas e preservação e/ou geração de maior eficiência econômica no funcionamento dos mercados (Pondé *et al*, 1996, p. 2).

Sua finalidade é apresentada no artigo 1º, a saber:

“a prevenção e repressão às infrações a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.”

Em prol desse objetivo, a Lei de defesa da concorrência disciplina a atuação da Administração¹ no que tange o direito antitruste, em 2 (dois) segmentos, a saber, (i) controle preventivo e (ii) repressivo do abuso de poder econômico.

¹ Para isso, ela articula a atuação de três órgãos, a saber, (i) Secretaria de Acompanhamento Econômico, vinculada ao Ministério da Fazenda (“SEAE”); (ii) Secretaria de Direito Econômico, vinculada ao Ministério da Justiça (“SDE”) e; (iii) Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), uma autarquia especial. Em conjunto, tais órgãos constituem o que foi denominado de o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”).



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

O controle preventivo tem o intuito de monitorar as modificações nas estruturas dos mercados relevantes de bens e serviços a fim de evitar que tais modificações confirmem excessivo poder de mercado aos agentes econômicos, o qual posteriormente poderá ser utilizado para lesar ou impedir a livre concorrência.

Este controle é realizado por meio da análise, pelo SBDC, dos chamados “Atos de Concentração”, os quais devem ser apresentados pelos administrados para que sejam totalmente eficazes por força das disposições do artigo 54 da Lei 8.884/94, sob pena de aplicação de multa².

Assim sendo, uma das questões mais importantes do direito antitruste é: qual é o conceito do que se convencionou denominar de “Ato de Concentração”? Quais são os elementos constitutivos de um “Ato de Concentração”?

Diante disso, o objetivo desse trabalho é examinar e problematizar as referidas questões com base na análise da legislação antitruste (especialmente a Lei 8.884/94), doutrina e jurisprudência do CADE.

Para isso, a discussão deste trabalho está estruturada em 9 (nove) seções, além desta introdução. A primeira seção apresenta considerações gerais sobre o controle preventivo de poder econômico. A segunda seção considera brevemente a jurisprudência das autoridades antitruste estrangeiras. A terceira seção analisa o conceito de ato de concentração apresentado pela Lei 8.884/94, enquanto que a quarta seção examina o conceito apresentado pela doutrina. Por sua vez, a quinta seção examina a subsunção das cooperações empresariais ao controle preventivo de poder econômico. A sexta seção analisa a jurisprudência do CADE nos últimos 5 (cinco) anos tanto qualitativamente como quantitativamente. Na sétima seção, propõe-se um conceito *lato sensu* e um *stricto sensu* de ato de concentração. Na oitava seção, são consideradas as alterações propostas no Projeto Lei no que se

² Caso as partes não apresentem uma operação ao CADE no prazo de 15 (quinze) dias úteis elas estão sujeitas à aplicação de multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) Unidades Fiscais de Referência (“UFIR”) nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de UFIR nos termos do § 5º do Artigo 54 da Lei 8.884/94.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

refere ao conceito de ato de concentração. Por fim, a última seção consiste em uma breve conclusão.

CAPÍTULO I: QUAIS SÃO OS OBJETIVOS DO CONTROLE PREVENTIVO DE PODER ECONÔMICO?

Não há como discutir quais atos e contratos devem ser examinados mediante o controle preventivo sem considerar, um pouco mais detidamente, qual é o papel do controle preventivo. Destarte, entende-se pertinente discorrer brevemente sobre o conceito de poder econômico, a forma de sua consubstanciação nas estruturas do mercado e, dentro desse contexto, qual seria o objetivo da análise dos Atos de Concentração.

I. 1 Conceito de Poder Econômico

Poder econômico pode ser definido como a capacidade de determinado agente econômico (i) agir independentemente de seus concorrentes, (ii) comandar preços (*pricemaker*), e (iii) excluir competidores³.

Deste modo, quando um agente é detentor de poder econômico, ele detém a capacidade de tomar decisões que afetem o gerenciamento das atividades da sociedade, no que tange à sua performance como ator econômico em um mercado relevante de bens e serviços sem considerar as ações dos demais. Em outras palavras, como colocado por Forgioni (2005, p. 315), um agente detentor de poder econômico pode impor unilateralmente as regras do jogo em relação aos demais agentes econômicos.

Existem 2 (dois) meios de aquisição de poder econômico, a saber, (i) natural e (ii) artificial. O primeiro modo se dá quando um agente econômico angaria uma parcela maior de consumidores, devido à eficiência de seu modo de

³ Cf. Voto da Ex-Conselheira Lúcia Helena Salgado no Ato de Concentração nº 84/96.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

produção, à qualidade dos bens ofertados ou serviços, à utilização bem-sucedida de *marketing*. Por seu turno, o segundo modo se dá por meio da realização de atos e contratos os quais se convencionou denominar de “Atos de Concentração Econômica”.

Verifica-se, por conseguinte, que os “Atos de Concentração” configuram um meio de adquirir poder econômico artificialmente. Assim, sempre que há uma concentração indubitavelmente se fala, pelo menos de modo potencial, em acúmulo de poder de mercado nas mãos de um agente econômico.

Importante observar que, embora o controle de parcela substancial do mercado relevante seja condição necessária para que um agente detenha poder econômico, não é ela suficiente para que ele detenha capacidade de impor unilateralmente as regras de mercado⁴. Para isso, é necessária a observância de 3 (três) condições adicionais, a saber, (i) que a entrada de novas empresas no mercado não seja fácil (tempestiva, provável e suficiente), (ii) que as importações não sejam um antídoto efetivo, e (iii) que inexistam competidores efetivos.⁵

I. 1.1 Do Uso e do Abuso de Poder Econômico

O cerne da questão da concentração de poder econômico é que ele pode ser utilizado de modo a beneficiar ou a prejudicar o bem-estar social. De um lado, uma empresa detentora de poder econômico, *a priori*, teria mais condições de investir em pesquisa e desenvolvimento e em inovação e assim, poderia aumentar o bem-estar social. De outro, o poder econômico também pode ser exercido de forma prejudicial ao bem-estar social à medida que permite a elevação de preços dos bens ofertados de modo que seja acarretada uma transferência arbitrária de renda do consumidor ao produtor, bem como a diminuição das quantidades ofertadas.

⁴ Voto do Ex-Conselheiro Leônidas Rangel Xausa na Representação nº 02/97.

⁵ Cf Voto do Ex-Conselheiro Ruy Afonso de Santacruz Lima no Ato de Concentração nº 08012.006065/98-55.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Ocorre que, conforme apontado por Willianson (1981, p. 1545), como os agentes econômicos buscam atingir seu auto-interesse (leia-se maximizar lucros), eles apresentam a tendência de aproveitar situações nas quais podem obter vantagens, até mesmo em detrimento dos demais ou da moral – adotando comportamentos oportunistas.

Destarte, sempre que o agente econômico (i) detiver poder econômico e (ii) existirem incentivos para ele exercer esse poder econômico de forma abusiva, torna-se muito provável – para não dizer certo – que o agente econômico adotará comportamentos oportunistas, utilizando o seu poder econômico para maximizar seu lucro em detrimento do bem-estar social.

Diante deste cenário, faz-se necessária a existência de normas jurídicas que possibilitem o monitoramento da concentração de poder econômico. Isto porque, conforme bem colocado pela OCDE (2003, p. 105-107), é muito melhor impedir as empresas de obterem poder de mercado do que tentar controlar poder de mercado, uma vez que ele já exista. Mediante uma política de controle preventivo, realiza-se uma avaliação dos impactos das operações realizadas pelos agentes econômicos a fim de inferir seus efeitos sobre a concorrência e sobre o bem-estar social antes que ocorram.

I. 2 Estruturas de mercado

Um mercado pode se organizar de diferentes maneiras em função dos agentes econômicos que nele atuam, das características do produto e do modo de produção. Dentre os fatores que influenciam – para não dizer determinam – a organização dos mercados, é de grande importância o número de empresas concorrentes e de consumidores nele atuantes. De fato, um dos fatores determinantes da estrutura de um dado mercado é o nível de concentração de poder econômico nele verificado.

Existem 3 (três) tipos básicos de estruturas de mercado, quais sejam, (i) competição perfeita, (ii) monopólio e (iii) oligopólio, sendo que em cada um deles



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

se pode presumir que os agentes econômicos detêm diferentes graus de poder econômico, conforme se passa a analisar.

I. 2.1 Competição perfeita:

A estrutura de competição é classicamente caracterizada por 3 (três) atributos essenciais, a saber, a (i) atonicidade; (ii) fluidez e (iii) inexistência de barreiras à entrada e à saída. A atonicidade se refere à existência de um grande número de ofertantes e de consumidores de pequeno porte. A fluidez se refere à homogeneidade dos bens ofertados e à simetria de informações para todos os agentes econômicos.

Estes atributos possibilitam que o mercado de competição perfeita configure um ente auto-regulável. O sistema de preços consistiria em um mecanismo ou um sinalizador próprio do mercado o qual faria com que o mercado sempre estivesse em equilíbrio. Qualquer tentativa por parte de um dos ofertantes de vender seu produto por um preço superior ao de mercado leva o consumidor a abandoná-lo em favor de seus concorrentes. Dadas essas condições, nem os vendedores nem os compradores teriam qualquer influência sobre o preço.

Cabe ressaltar que devido à impossibilidade de tais atributos serem verificados na realidade, a doutrina econômica chegou ao consenso de que não existem mercados que se enquadram neste modelo. Não obstante isso, alguns poucos mercados se aproximam muito deste modelo, sendo um exemplo o mercado de *commodities*.

Vê-se, portanto, que nenhum dos agentes econômicos neste modelo detém poder de mercado e que, por isso mesmo, ter-se-ia o alcance da eficiência alocativa e distributiva e a maximização do bem-estar social.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

I. 2.2 Monopólio

O monopólio é um mercado dominado por 1 (um) único ofertante. Quando só há uma empresa no mercado, ela detém influência sobre o preço de mercado de modo que escolherá o nível de preço e de produção que maximize seus lucros. Quando a empresa eleva o seu preço, ela perde alguns, mas não todos os seus clientes.

Um dos fatores que possibilitam o monopólio é a existência de barreiras à entrada. Estas barreiras podem ser (i) naturais ou (ii) legais. Os monopólios naturais ocorrem quando a função de produção apresenta custos fixos muito elevados e custos marginais muito reduzidos. Deste modo, a não ser que a quantidade ofertada seja muito elevada, ela seria economicamente inviável⁶. É possível citar como exemplos de monopólio natural a prestação de serviços de gás canalizado, de telefonia fixa, de energia elétrica e de esgoto, entre outros.

Por sua vez, os monopólios legais decorrem de restrições previstas em lei. Pode-se citar como exemplo de barreira legal a concessão de patentes. Ela possibilita que um agente econômico detenha o direito de explorar um bem ou serviço com exclusividade. Assim sendo, a concessão de uma patente pode representar a formação de um monopólio de um bem.

Além disso, cumpre salientar que, conforme apontado por Varian (2003, p. 463-467), monopólios podem existir meramente por uma eventualidade histórica. Se uma empresa for a primeira a entrar em um mercado relevante, ela pode adquirir uma vantagem de custo que desencoraje outras empresas a entrar no mercado. Isso poderia ocorrer, por exemplo, se a entrada em um mercado implicasse em elevados *sunk costs* e, a empresa já estabelecida for capaz de convencer os entrantes potenciais de que ela reduzirá drasticamente os preços se

⁶ A competitividade ou a monopolização de um setor depende, parcialmente, da natureza da tecnologia de produção. Um fator determinante para a existência de um monopólio é o tamanho da escala mínima de eficiência (“EME”). A EME aponta o nível de produção capaz de minimizar o custo médio dado o tamanho da demanda. Se a escala mínima de produção eficiente, isto é, aquela que minimiza os custos médios, for grande em relação ao tamanho do mercado, é possível supor que o mercado será monopolizado.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

eles tentarem entrar no mercado relevante. Ao impedir a entrada, ela detém um monopólio.

É importante notar que o monopolista indubitavelmente detém poder de mercado, ao passo que ele determina a quantidade de bens produzidos e o nível de preços cobrados. Assim sendo, quando uma empresa opera um negócio em monopólio, ela pratica preços mais elevados do que os seriam praticados no mercado de concorrência perfeita. Não é por outra razão que monopólios que atuam em mercados de base, tal como telefonia ou saneamento básico, estão sujeitos a políticas de modicidade de tarifas.

I. 2.3 Oligopólio

Dentre as 2 (duas) estruturas consideradas, competição perfeita e monopólio, encontram-se uma série de diferentes arranjos mercadológicos em que não existe apenas um ofertante – que pode estabelecer unilateralmente os preços - e, tampouco, um número suficiente de ofertantes que possibilite que a empresa ignore a sua influência sobre o preço. Tratam-se das estruturas oligopolizadas.

Deste modo, nos oligopólios pode haver um grande número de concorrentes, mas não tantos a ponto de considerar nula a influência de cada um deles sobre o preço. Dessarte, como os agentes econômicos detêm certa influência sobre o preço, os preços praticados tendem a serem mais elevados do que no mercado de concorrência perfeita. Cabe observar que a margem de diferença desse preço, também depende do grau de rivalidade ou de concorrência entre os ofertantes: quanto maior for a rivalidade entre eles, menor o nível de preços cobrados. De fato, o maior perigo em um mercado oligopolizado é quando não se verifica um grau de rivalidade de modo que se torna possível que os agentes econômicos atuem de forma colusiva, ainda que tacitamente.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

I. 3 O Paradigma Estrutura – Conduta – Desempenho

O controle de atos de concentração se baseia em uma teoria que se tornou conhecida como o paradigma estrutura – conduta – desempenho (“ECD”). Segundo esta abordagem, existe uma relação causal da estrutura em relação à conduta que, por sua vez, determina o desempenho das firmas.

Em particular, a principal suposição desta abordagem é a de que quanto maior for a concentração na oferta (estrutura), maior será a possibilidade de colusão dos agentes econômicos (conduta) ou de exercício unilateral de poder de mercado, de modo que, provavelmente, os preços praticados serão mais elevados (desempenho).

Quando se adota essa perspectiva, a razão do controle preventivo é óbvia: se a estrutura é que define o desempenho das empresas e uma estrutura concentrada implica necessariamente em um desempenho pior, é necessário monitorar as alterações das estruturas para que se garanta um bom desempenho por parte dos agentes econômicos.

Por entender que a concentração necessariamente acarreta um desempenho ruim, o paradigma ECD foi alvo de várias críticas. Dentre tais, destaca-se o fato de mercados concentrados poderem apresentar um alto grau de competitividade, dependendo do grau de rivalidade existente entre os agentes econômicos. Desse modo, não merece prosperar a assertiva de que em mercados concentrados, o desempenho dos agentes econômicos é necessariamente ruim. Isto, porque mercados concentrados podem apresentar um grau de rivalidade alto suficiente para inibir o exercício de poder econômico.

Ademais, outra crítica bastante difundida é a de que os níveis de concentração de um determinado mercado não determinam a conduta da firma, mas muitas vezes são determinados por ela. Conforme mencionado no item I.1, os agentes econômicos podem conquistar parcelas de mercado devido à adoção de performances econômicas mais eficazes. Deste modo, a concentração do mercado (estrutura) pode resultar de estratégias empresarias bem sucedidas adotadas pelos



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

agentes econômicos. Por conseguinte, não se pode afirmar categoricamente se a concentração econômica aumentou a lucratividade das firmas, ou se as firmas mais eficientes – e, portanto, mais lucrativas - conquistaram maior número de consumidores. (cf. Goldberg, 2006, p. 85-88)

Não obstante a existência de falhas na abordagem ECD, é incontestável o fato deste paradigma ser utilizado pelas autoridades de defesa da concorrência. Conforme colocado por Goldberg (2006, p. 88), esta escola deixou 2 (dois) legados que se tornaram pilares das políticas de defesa da concorrência, a saber, (i) a preocupação com os efeitos estáticos decorrentes do exercício de poder econômico e (ii) a eleição da concentração econômica como variável central do direito da concorrência.

I. 4 Então, qual é o papel do controle preventivo de poder econômico?

Em síntese, uma vez que concebe poder econômico como a capacidade de um agente impor unilateralmente as condições de mercado e, em última instância, determinar (i) preços e (ii) quantidades, torna-se forçoso reconhecer que o poder econômico pode representar um grande perigo ao bem-estar social, visto que seu abuso implica em transferência arbitrária de renda do consumidor para o ofertante e a conseqüente redução do bem-estar social.

É nesta perspectiva que se considerou importante que os Estados monitorem as operações de aquisição artificial de poder econômico. Neste sentido, o papel do controle preventivo seria o de evitar a monopolização ou domínio de mercado por uma empresa com posição dominante e a formação de uma estrutura oligopolística que permita que os agentes econômicos atuem de forma colusiva ainda que tacitamente (cf. Nusdeo, 2002, p. 31).



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

**CAPÍTULO II: CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL:
CONCEITO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO ADOTADO PELAS AUTORIDADES
ANTITRUSTE ESTRANGEIRAS**

De acordo com a *International Competition Network* (“ICN”), de modo geral, as políticas de controle preventivo de poder econômico examinam as operações em que, pelo menos, 2 (dois) empreendimentos econômicos se combinam de modo em que resulte em uma alteração não-transitória na estrutura ou na propriedade desses empreendimentos.

Ademais, verifica-se que as operações tipicamente revistas pelas autoridades de defesa da concorrência podem ser classificadas em 3 (três) grupos, quais sejam, (i) união de empreendimentos antes autônomos, (ii) aquisição de controle ou de certo grau de influência sobre o empreendimento ou (iii) combinação da totalidade ou de parte das operações comerciais de um empreendimento a fim de criar um novo empreendimento (*e.g.* consolidações, *joint ventures* e associações).

É digno de nota, ademais, que, mediante controle preventivo de poder econômico, somente são analisados atos (i) que importam em grau substancial de integração entre as partes envolvidas e (ii) que esta integração não seja transitória, sendo inclusive estes requisitos utilizados para distinguir os atos examinados perante o controle preventivo de poder econômico dos examinados perante o controle comportamental.

Não obstante cada jurisdição desenvolva critérios objetivos próprios e apresente certas especificidades, é possível afirmar que, hodiernamente, as autoridades de defesa da concorrência analisam operações de aquisição da totalidade do capital social de outra empresa ou da totalidade de seus ativos. Similarmente, as aquisições do controle do capital social ou dos ativos também são analisadas. Além disso, as aquisições que importam em alteração de controle partilhado também são analisadas. Ainda, muitas jurisdições examinam aquisições



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

de ações que viabilizam o exercício de certa influência sobre as atividades da empresa objeto.

Por fim, cumpre salientar que as operações dentro do mesmo grupo econômico não são analisadas mediante o controle preventivo de poder econômico uma vez que não implicam em qualquer alteração na estrutura dos mercados.

Diante dessas considerações, passa-se a examinar o controle preventivo de poder econômico aplicado no Brasil.

CAPÍTULO III: O CONCEITO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO ESBOÇADO NA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Parte da doutrina assume uma postura pragmática e define ato de concentração como equivalente ao dispositivo legal do artigo 54 da Lei 8.884/94. Diante disso, neste capítulo far-se-á um esforço hermenêutico para depreender o conceito de Ato de Concentração esboçado no referido artigo.

Dispõe o *caput* do artigo 54 da Lei 8.884/94:

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.

Primeiramente, deve ser notado que o artigo se refere a “*atos sob qualquer forma manifestados*”. O vocábulo ato (*actus*) geralmente é utilizado para indicar toda ação resultante da manifestação da vontade ou promovida pela vontade de alguém, tudo o que é realizado devido à vontade de alguém.

Nesse ponto, vale distinguir ato comum e ato jurídico, sendo que o ato jurídico sempre revela a manifestação de vontade de, pelo menos, 1 (uma) pessoa para a consecução de certo fim ou objetivo cujos efeitos estão previstos no



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

ordenamento jurídico. Nesse ponto, cabe questionar: o *caput* do artigo 54 se refere a ato comum ou jurídico? Nos parece razoável crer que ali se trata apenas de atos cujos efeitos estão previstos pelas normas jurídicas.

Outrossim, é razoável entender que o artigo 54 se refere aos atos realizados por força da autonomia privada, de modo que, estariam excluídos os atos de autoridade pública, atos administrativos. Afinal, inexistiria qualquer lógica se os atos praticados pela Administração devido à existência de um comando jurídico, necessitassem de uma autorização do CADE. Isso porque, via de regra, o papel da Administração é disciplinar a atividades da ordem econômica e não explorá-las, consoante o disposto no artigo 173 da Constituição Federal, sendo que o Estado somente pratica atividade econômica quando a lei assim determinar em prol do bem comum. A obrigatoriedade de submissão de atos de concentração à análise do SBDC possibilita a intervenção do Estado no domínio econômico. (Cf. Ferraz Jr.)

Deve ser notado, ademais, que o artigo 15 da Lei 8.884/94 dispõe que ela se aplica à pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, bem como a associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividades sob regime de monopólio legal. Destarte, “os atos” citados no artigo 54 da Lei 8.884/94 podem ser praticados por qualquer agente econômico independentemente de que forma o ordenamento jurídico o conceba.

Também deve ser questionado: trata-se de ato jurídico lícito e ilícito? Admitindo-se uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, não se pode admitir que o legislador teria atribuído ao CADE, um órgão administrativo, competência para autorizar, ainda que somente do ponto de vista do direito antitruste, ato proscrito por outras normas do ordenamento. Consoante o disposto pelo artigo 37 da Constituição Federal, a atuação da Administração deve ser balizada pelos princípios de legalidade e da moralidade. O princípio da legalidade significa que a atuação da Administração há de se conformar com as normas do ordenamento jurídico como um todo. Assim, se um dado ato é ilícito, ou seja, é



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

proscrito por norma jurídica do ordenamento, não se pode admitir que o CADE possa autorizar tal ato. Destarte, conclui-se que os Atos de Concentração são atos lícitos.

Ademais, Badin (2006) tem defendido que a referida expressão abrangeria os atos jurídicos *stricto sensu* e *lato sensu*.⁷

“Este “ato” é, em primeiro lugar, ato humano. Exclui-se, portanto, da definição de “ato de concentração”, os fatos da natureza. Assim, em princípio, a aquisição da propriedade de uma empresa concorrente por herança não configura “ato de concentração”. Em segundo lugar, deve ser um ato lícito. Se os atos ilícitos não devem produzir efeitos jurídicos proscritos pelo ordenamento, prejudicada seria a atuação do CADE. Seria o caso absurdo, por exemplo, da submissão ao CADE de uma aquisição de ativos decorrente de esbulho. Portanto, o “ato” de que trata o art. 54, caput, refere-se a ato jurídico lato sensu lícito, quer seja avolitivo (ato-fato jurídico) ou volitivo (ato jurídico stricto sensu).

Portanto, o “ato” de que trata o artigo 54, caput, refere-se a ato jurídico lato sensu lícito, quer seja avolitivo (ato-fato jurídico) ou volutivo (ato jurídico stricto sensu). Embora do ponto de vista lógico e dogmático nada justifique excluir os atos-fatos jurídicos (avolitivos) do conjunto de possibilidade de sentido da palavra “ato” contido no art. 54, caput, estes são de menor ou de nenhuma importância prática. (...)

⁷ Despacho do Procurador no Ato de Concentração nº 08012.006429/2006-87, em que eram Requerentes Ashland, Inc e Degussa Aktiengesellschaft.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Portanto, no mais das vezes, o “ato de concentração” é um ato jurídico stricto sensu, ou seja, ato lícito da vontade humana capaz de gerar conseqüências no mundo jurídico. Desses, obviamente, sobreleva em importância os atos jurídicos bilaterais (negócios jurídicos).”(Grifei)

Posto isto, pode-se afirmar que os atos de concentração consistem em atos jurídicos lícitos praticados por força da autonomia privada, sendo que, em sua vasta maioria, tratam-se de atos jurídicos bilaterais.

Note-se que a Lei 8.884/94 se refere a “atos sob qualquer forma manifestados”, de modo que a Lei Antitruste, por si só, não apresenta qualquer requisito formal para a configuração de um Ato de Concentração. Inexiste qualquer exigência na Lei no que tange a um conjunto de solenidades necessárias a eficácia jurídica de um Ato de Concentração.⁸ Assim, a princípio, o Ato de Concentração poderia ser realizado por qualquer meio, inclusive pela palavra escrita, palavra falada e, até mesmo, gestos.

Pois bem. Diante do exposto, Ato de Concentração pode ser definido como ato jurídico lícito realizado por força da autonomia privada “sob qualquer forma manifestado”, sendo que, na maioria das vezes, trata-se de negócio jurídico bilateral.

Ocorre que não é todo ato jurídico lícito realizado por força da autonomia privada que configura um Ato de Concentração, mas somente os atos que produzam ou tenham o potencial de produzir um dos seguintes efeitos: (i) limitar ou prejudicar a livre-concorrência; ou (ii) resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços.

⁸ Ver Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, 1º volume, pp. 426-267



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

III. 1 Limitar ou Prejudicar a Concorrência

Limitar a concorrência implica a imposição de restrições, de modo que, uma vez limitada, a concorrência não poderá transpor ou exceder determinados limites (pelo menos no curto prazo). Por sua vez, prejudicar pode ser tido como sinônimo de danificar, deteriorar ou ainda como tornar algo inoperante ou ineficaz. Assim, prejudicar a concorrência significa torná-la inoperante ou limitada. Prescindível aduzir que, se a concorrência é limitada ou inoperante, ela deixa de ser livre de modo que, o princípio da livre-concorrência não seria eficaz.

Vê-se, portanto, que esses dois primeiros efeitos devem ser analisados em conjunto, tratando-se apenas de uma questão de gradação. Enquanto limitar significa impor restrições à concorrência, prejudicá-la configura um efeito mais impactante à medida que, importa, até mesmo, tornar a concorrência inoperante.

III. 2 Dominar Mercados Relevantes

Por sua vez, dominar significa prevalecer. Assim, quando um agente econômico domina um mercado relevante, sua vontade prevalece. Isso se dá uma vez que o agente econômico que domina um mercado relevante, detém invariavelmente poder econômico, de modo que ele dispõe de condições para (i) agir independentemente de seus concorrentes, (ii) comandar preços (*pricemaker*) e (iii) excluir competidores. Podem resultar na dominação de mercados os atos que importem aquisição ou reforço de posição dominante ou de poder de mercado.

Diante do exposto, é possível depreender do *caput* do artigo 54 que configura ato de concentração ato jurídico lícito realizado por força da autonomia privada que produza ou tenha o potencial de produzir os seguintes efeitos: (i) limitar ou prejudicar a livre-concorrência; ou (ii) resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços.

Verifica-se que a Lei de Defesa da Concorrência apresenta uma hipótese de incidência bastante abrangente, o que possibilita a sua aplicação a diferentes



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

casos concretos. Mas será que são todas essas operações relevantes o suficiente para impactar a estrutura dos mercados? Vale dizer: são todas essas operações que geram poder de mercado? É razoável supor que não.

A Lei 8.884/94 prevê 2 (dois) critérios objetivos que tornam obrigatória a apresentação de uma dada operação às autoridades do SBDC, quais sejam, o critério do faturamento e da participação de mercado.

III. 3 Dos Critérios Objetivos Do Parágrafo 3º Da Lei 8.884/94

Dispõe o § 3º do artigo 54 da Lei 8.884/94 que estão incluídos nos atos referidos no *caput* aqueles em que haja a observância dos critérios objetivos, a saber, participação de empresas ou grupo de empresas (i) resultante em vinte por cento de um mercado relevante ou (ii) que tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de Reais) de faturamento no Brasil⁹. Passa-se a analisar, então, esses critérios.

De acordo com Andrade (2002, p. 319-327), os critérios objetivos configuram patamares mínimos para que um ato tenha que ser apresentado. Presume-se que, quando os agentes econômicos preenchem, pelo menos um desses requisitos, eles detêm posição dominante, de modo que seus atos poderiam impactar a estrutura dos mercados. Nesses casos, há, portanto, a obrigatoriedade da notificação.

Interessante notar a observação feita por Salomão Filho (2007, p. 300-301) de que os critérios objetivos dispostos pela Lei 8.884/94 possibilitam a apresentação de todas as formas de concentração econômica, a saber, concentrações horizontais¹⁰, concentrações verticais¹¹ e formação de

⁹ Note-se que a Súmula nº. 01 do CADE, de 18.10.2005, estabeleceu que “*na aplicação do critério estabelecido no art. 54, §3º, da Lei n.º 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração.*” (grifei)

¹⁰ Refere-se à concentração entre agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante de bem e /ou serviços, isto é, concorrentes.

¹¹ A concentração vertical se processa entre empresas que atuam em diferentes níveis ou estágios da cadeia produtiva, de modo que mantém relações comerciais entre si.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

conglomerados¹². Isso porque o critério da participação de mercado é um bom indicativo de posição dominante para as concentrações horizontais e verticais, enquanto que o critério do faturamento se relaciona à formação de conglomerados.

III. 3.1 Critério do Faturamento

Embora a fixação do critério de faturamento em R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de Reais) de faturamento seja arbitrária, a ela está subjacente uma idéia significativa. Trata-se da presunção de que as sociedades ou grupos de sociedades que auferem faturamentos elevados apresentam um volume de vendas significativo e, portanto, têm condições de afetar o mercado.

III. 3.2 Critério do Market-share

Por sua vez, a presunção de posição dominante pelo *market-share* de 20% (vinte por cento) decorre da Lei 8.884/94 já tendo sido prevista no § 3º do artigo 20, *in verbis*:

§ 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.

Do artigo supratranscrito se pode entender que nada impede que o CADE, mediante construção jurisprudencial, determine que, em certos mercados se pode

¹² A formação de conglomerados se trata da concentração de agentes econômicos que não guardam qualquer relação entre si. As empresas envolvidas desenvolvem atividades em mercados relevantes distintos e não relacionados verticalmente.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

presumir a existência de posição dominante para *market-share* inferior a esse patamar.

Considerando que o critério da participação de mercado se refere à apuração de posição dominante detida pelo agente econômico, é possível afirmar que ele é observado em 2 (duas) hipóteses distintas, quais sejam, (i) quando as operações ou contratos resultarem em participação de empresa ou de grupo econômico igual ou superior a 20% (vinte por cento) no mercado relevante afetado e (ii) quando uma das partes da operação ou do contrato já detiver participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) no mercado.

Ressalte-se, por sua relevância, que em nenhum momento se afirmou que devem ser apresentados somente os atos que efetivamente prejudicam ou limitam a concorrência ou aqueles que resultam em dominação de mercados relevantes. Afirmou-se, tão somente, que os atos que prejudicam ou limitam a concorrência e/ou resultam na dominação de mercados relevantes assim como aqueles que detém o potencial de fazê-lo devem ser apresentados. E uma maneira, mesmo que preliminar, de atestar se um ato apresenta esse potencial lesivo ou concentrador é por meio da verificação das características dos agentes econômicos que o praticam. Por força da Lei 8.884/94, se os agentes econômicos se enquadram em um dos critérios objetivos, é possível presumir que seus atos deteriam o potencial de alterar a estrutura do mercado relevante em que atuam, sendo obrigatória a notificação daquele ato ao CADE. Somente após a análise do ato é que o CADE poderá concluir se, de fato, ele pode acarretar efeitos lesivos à ordem concorrencial.

Conclui-se, portanto, que todos os atos jurídicos lícitos praticados por autonomia da vontade privada que possam (i) limitar ou prejudicar a livre-concorrência; ou (ii) resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços em que as partes observem um dos critérios objetivos são de notificação obrigatória.

Verifica-se, por conseguinte, que a Lei 8.884/94 apresenta um conceito bastante abrangente e fluído do que seria Ato de Concentração, sendo essencial



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

considerar o que se pode depreender da doutrina e da jurisprudência, enquanto parâmetros ou, pelo menos, diretrizes que confirmam meios para o administrado tomar decisões relativas à apresentação de atos e contratos ao controle preventivo.

CAPÍTULO IV: ANÁLISE DO CONCEITO APRESENTADO PELA DOUTRINA BRASILEIRA

Neste capítulo, examinar-se-á as definições dadas pela doutrina brasileira para o que configuraria um ato de concentração. Dentre as diversas definições dadas, destacam-se apenas 3 (três), as quais se passa a examinar.

IV. 1 Ato de Concentração partindo da perspectiva econômica

Conforme apontado por Bulgarelli (1996, p. 50-51), partindo de uma perspectiva mais ampla, poder-se-ia entender a concentração sempre que houvesse liames econômicos entre as empresas, pois acarretaria o surgimento de uma unidade econômica, maior ou menor, mais ou menos completa conforme os liames econômicos gerados.

Não obstante essa perspectiva seja razoável, por sua abrangência ela não auxilia a definir o que seria um ato de concentração na concepção jurídica, de modo que se passa a analisar as demais correntes doutrinárias.

IV. 2 Ato de Concentração e Ato de Integração

O segundo entendimento digno de nota desenvolvido pela doutrina distingue os fenômenos de ato de integração e ato de concentração. Trata-se do entendimento em que a união de empresas deve ser tida como ato de integração e que, quando se fala em ato de concentração econômica, trata-se de uma referência do efeito do ato.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Assim, de acordo com esta concepção, defendida por Proença (2001, p.75-82), o ato de integração é que deve ser entendido como a união de duas empresas de modo que haja o surgimento de um único centro decisório. Por sua vez, quando se fala em ato de concentração, na verdade se refere aos efeitos do ato no mercado relevante.

Conforme bem sintetizado por Dutra (2003, p. 327-333), a concentração do poder econômico consistiria na soma de poder resultante de um ato jurídico de integração. Nesse ponto, cabe lembrar que a concentração se refere, portanto a redução do número de agentes que participam do mercado e ao aumento das respectivas participações de mercado.

Desse modo, não obstante de um ato de integração de empresas possa decorrer a concentração do mercado, isso não significa dizer que, necessariamente, da integração de empresas sucederá concentração de mercado.

Segundo essa perspectiva, o conceito de ato de concentração está vinculado a idéia de aquisição de poder econômico, tal como definido no item I.1 deste trabalho. Assim sendo, entender-se-ia como atos de concentração somente aquelas integrações que, de fato, possibilitassem a aquisição de poder econômico de maneira artificial.

Ocorre que, conforme apontado por Gesner & Rodas (2004, p. 186), há atos de concentração que levam à concentração de poder econômico, enquanto que outros não. Sendo assim, não obstante não se pode vincular o conceito de ato de concentração necessariamente com a concentração de poder econômico.

IV. 3 Ato de Concentração como união dos centros decisórios

Por fim, grande parte da doutrina brasileira associa o conceito de ato de concentração à união dos centros decisórios de empresas que atuavam independentemente. Trata-se de um entendimento que vincula o conceito de concentração à (i) união e (ii) perda de independência.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Esse entendimento é liderado por Salomão Filho (2007, p. 265-269) que se utiliza do conceito de concentração apresentado no Regulamento CEE ao ensinar que a concentração empresarial somente se dá na hipótese em que empresas, antes independentes, passem a ser vistas como um único agente do ponto de vista econômico (e, portanto não necessariamente jurídico) para todas as operações por elas realizadas. Interessante observar, portanto, os 4 (quatro) elementos caracterizadores das concentrações, a saber, (i) a ocorrência de alterações nas estruturas das empresas envolvidas; (ii) não-transitoriedade da alteração; (iii) atuação conjunta das empresas e (iv) em todos os aspectos de suas atividades.

Destarte, segundo Salomão Filho (2007, p. 267-268), a concentração empresarial deve ser entendida como uma hipótese em que não há a uniformização de apenas alguns comportamentos de mercado, mas sim de todos os comportamentos, desde a forma interna de produção até a de comercialização.

Carvalho (*apud* Forgioni, 2005, p. 466-467), no mesmo sentido, também vincula concentração à união dos centros decisórios ao definir Ato de Concentração como ato de associação empresarial que acarreta a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial.

Conceito semelhante também é apresentado por Andrade (2002, p. 318-319) que entende que há concentração econômica quando dois agentes que eram controlados por agentes econômicos distintos, passam a serem controlados pelos mesmos agentes econômicos. Deste modo, ter-se-á uma alteração duradoura das estruturas das empresas integrantes do ato, que deverão formar uma unidade econômica com um só centro de decisão. Trata-se da soma de poder que confira a faculdade de agir e influir no mercado relevante resultante de um ato jurídico de integração.

Uma vez que se entende ato de concentração como a união de centros decisórios de agentes econômicos antes autônomos, torna-se forçoso correlacionar ato de concentração com a idéia de poder de controle. Assim sendo, entende-se necessário discorrer brevemente sobre poder de controle.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

IV. 3.1 União de centro decisório e exercício de poder de controle

No item anterior, verificou-se que grande parte da doutrina associa ato de concentração à união de centro decisório. Ora, centro decisório pode ser entendido como o ente que detém capacidade para tomar as decisões relativas à atuação e à estratégia comercial e concorrencial da empresa.

A este respeito, Salomão Filho (2007, p. 285-287) ensina que a concentração se caracteriza pela existência de uma única unidade de comando, que existe sempre que há relação de controle. Diante disso, torna-se imperativo perguntar: será que somente se detém essa capacidade quando se detém poder de controle? Existem outras formas de influenciar as decisões que não sejam a detenção de poder de controle e que devem ser analisadas pelas autoridades de defesa da concorrência no controle preventivo de poder econômico? Passa-se a analisar estas questões.

A Resolução 15 de 19.08.1998 do CADE define controle como “*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 funcionamento da empresa.*”

Destarte, é possível afirmar que poder de controle é a capacidade de um indivíduo exercer influência determinante sobre as decisões da empresa, isto é, a capacidade de determinar o comportamento comercial e concorrencial de uma empresa.

Note-se, portanto, que o conceito de poder de controle da perspectiva de direito antitruste não se trata do mesmo conceito trabalhado no direito societário, o qual concebe poder de controle como a capacidade de dispor dos bens e dos dividendos da sociedade.

A razão para esta diferenciação é muito bem explorada por Salomão Filho (2007) que entende que a preocupação do direito antitruste em contraste com a do direito societário “*não é a sociedade controlada, mas sim os efeitos da dominação societária sobre o mercado*”.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

De fato, o direito antitruste analisa a possibilidade de influenciar o comportamento da empresa no mercado. Em consonância com isso, Carvalho ensina que basta a capacidade de determinar o estabelecimento da política de preços de uma empresa para que se tenha um poder de influência que deve ser objeto de análise das autoridades de defesa da concorrência¹³.

Reforçava esta perspectiva a definição de controle dada pela Portaria 39/99 da SEAE, revogada pela Portaria 50¹⁴, *in verbis*:

Considera-se controle a titularidade o exercício dos direitos de sócio que asseguram, de modo contínuo, a supremacia nas deliberações da sociedade, decorrente de acordo de votos ou da detenção de ações especiais. Há minoria qualificada quando a participação minoritária proporciona direitos específicos inerentes como, por exemplo, o direito de voto no caso de detenção de ações ordinárias. Outros direitos e fatos podem conceder controle ao acionista minoritário na determinação da estratégia competitiva da empresa, isto é, em decisões como a nomeação de mais da metade dos membros do conselho de administração ou a direção das atividades e a determinação da política comercial da entidade.

IV. 3.2 Conceito de Influência Dominante:

A idéia de controle para fins competitivos é bem estabelecida com o conceito denominado por Salomão Filho (2007, p. 281-287) de influência dominante, que é oriunda do direito societário. A influência dominante é tida

¹³ O exercício efetivo ou potencial dessa influência determinante é que gerará a unificação dos centros decisórios. E para isso não há necessidade de propriedade de mais da metade das ações com direito a voto. Neste aspecto, o conceito de influência determinante é mais amplo do que o de poder de controle – embora este, como já se viu não deixe de ser também muito amplo. Afinal, a influência determinante de sorte a diminuir ou eliminar a concorrência pode ser exercida sem que o acionista detenha o poder de dispor dos bens da sociedade. Basta que ele possa influenciar o estabelecimento de preços na empresa na qual participa minoritariamente.

¹⁴ A nova portaria não apresenta qualquer definição de poder de controle.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

como o poder de determinar a condução e no planejamento dos negócios de outra empresa.

É digno de nota que a referida expressão engloba desde as hipóteses de controle minoritário interno e de controle gerencial, até aquelas de controle externo. Desse modo, é possível afirmar que a noção de influência dominante engloba tanto os casos de controle de direito como de fato.

Ressalte-se que para a caracterização de influência dominante, segundo Salomão Filho (2007, p. 283), não se faz necessário o domínio sobre todos os órgãos ou todas as decisões sociais, sendo condição suficiente o controle sobre os órgãos ou cargos diretamente relacionados à produção e atuação no mercado da empresa. Para isso, é necessário o controle sobre as decisões tomadas em 4 (quatro) áreas fundamentais, a saber, (i) pesquisa e desenvolvimento, (ii) investimento, (iii) produção e (iv) vendas.

Assim sendo, um acordo de acionistas que atribua ao acionista minoritário o direito de deliberar sobre essas áreas ou, então, direito de escolher e destituir os diretores por elas responsáveis, sem dúvida cria uma influência dominante do ponto de vista concorrencial.

Esse poder pode ser de caráter (i) societário ou (ii) contratual. A influência dominante de caráter societário decorre de participação majoritária ou minoritária revestida dos requisitos legais necessários para fazer presumir a permanência do poder¹⁵. Já a influência dominante de caráter contratual é acarretada por contratos que atribuam ao seu titular (mesmo não sendo acionista da empresa) o poder de gerir a empresa ou a prerrogativa de eleger membros na administração¹⁶.

Pois bem. Viu-se, por conseguinte, que partindo da concepção de ato de concentração como a união dos centros decisórios de, pelo menos, 2 (dois)

¹⁵ Deste modo, ela pode ser resultante de acordo de acionistas que confira ao acionista minoritário o poder de deliberar sobre as áreas vitais da administração ou nomear e destituir os diretores das pastas chaves na empresa.

¹⁶ Tratam-se, por exemplo, dos direitos de credor decorrentes de um empréstimo, no qual o mutuante recebe as ações do bloco controlador como caução, e o contrato de franquia, conforme o qual o concedente do uso da marca ou sinal de propaganda pode estipular o direito de controlar as especificações e qualidades dos respectivos produtos.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

agentes econômicos antes autônomos, torna-se forçoso reconhecer que quando um agente adquire, de modo não transitório, ingerência ou influência “determinante” ou “dominante” nas decisões de outro agente econômico, podendo determinar que certo comportamento comercial ou concorrencial seja adotado ao invés de outro, indubitavelmente se vislumbra uma hipótese de concentração de poder econômico.

Mas será que se pode supor que somente a aquisição de poder de controle ou somente a aquisição de influência dominante deve ser analisada pelas autoridades de defesa da concorrência mediante o controle preventivo de poder econômico?

CAPÍTULO V: A QUESTÃO DAS COOPERAÇÕES EMPRESARIAIS: DEVEM SER ANALISADAS MEDIANTE O CONTROLE DE ESTRUTURAS?

Uma questão importante a ser analisada sempre que se fala da subsunção de contratos ou atos nos termos da Lei 8.888/54 é a adequação e a razoabilidade – e não a legalidade - dos acordos de cooperação empresarial serem ser analisados mediante o controle preventivo de poder econômico.

V. 1 Conceito de Cooperação Empresarial

As cooperações empresariais consistem em acordos (formais ou informais) mediante os quais pelo menos 2 (dois) agentes distintos e independentes uniformizam certos comportamentos ou realizam certa atividade conjuntamente. Não obstante isso, o acordo não interfere na autonomia de cada empresa, que permanece substancialmente independentemente nos demais aspectos de suas atividades não sujeitos ao acordo.

Salomão Filho (2007, p. 267) entende que há a cooperação quando algumas decisões relativas (i) pesquisa e desenvolvimento; (ii) investimentos; (iii)



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

produção e/ ou (iv) vendas são tomadas em conjunto pelos agentes econômicos, entretanto cada um dos agentes econômicos continua a deter autonomia.

Vê-se, por conseguinte que há a caracterização de uma cooperação empresarial quando uma empresa adquire certa ingerência nas decisões comerciais e estratégias concorrenciais de uma empresa, conceito denominado por Salomão Filho de “influência relevante”.

Ademais, Salomão Filho (2007, p. 289-293) aponta 4 (quatro) formas principais mediante as quais se consubstanciam as cooperações empresariais, a saber, (i) aquisição de influência relevante mediante meios societários¹⁷; (ii) contratos bi ou plurilaterais cujos objetos específicos sejam a cooperação; (iii) associações entre empresas e (iv) *joint ventures*.

Distinguem-se, portanto, dos atos de concentração uma vez que estes podem ser definidos como a união permanente dos centros decisórios de agentes econômicos que atuavam de forma independente, sendo que após a concentração todas decisões relativas aos aspectos mercadológicos e competitivos são realizadas pelo mesmo centro decisório.

Vê-se, portanto que, enquanto as concentrações empresariais se referem a todos os aspectos da atividade econômica e por tempo indeterminado, as cooperações empresariais implicam em unanimidade em apenas alguns aspectos da atividade econômica e por um período limitado de tempo.

Desse modo, dado que as cooperações empresariais resultam em unicidade de certos comportamentos de diferentes agentes econômicos no mercado, torna-se forçoso admitir que elas sempre acarretam certo grau de limitação à concorrência (Salomão Filho, 2007).

Somente com base nesse efeito potencial das cooperações empresarias já seria possível afirmar que elas devem ser submetidas à apreciação do SBDC no

¹⁷ Dentre as situações em que se observa o exercício de “influência relevante”, destaca-se (i) a existência de poder de veto por minorias em matérias cruciais à administração da sociedade, (ii) a existência de participação expressiva no capital não-votante ou (iii) a existência de sociedades com a prerrogativa de coordenação de outras. Nestes casos, a conformação de poderes societários e do interesse dos titulares impõe a pressuposição de que a empresa não poderá conduzir seus negócios de forma independente e autônoma.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

âmbito do controle de estruturas nas hipóteses em que qualquer uma das partes se enquadrar em um dos critérios de submissão previstos na Lei 8.884/94, seja o de faturamento, seja o de participação de mercado.

Não obstante isso, ao fazer isso, estar-se-ia ignorando uma questão fundamental: qual é o limite do controle estruturas e o de condutas? Será que as cooperações empresariais não devem ser analisadas somente mediante o controle de condutas quando estas puderem irradiar efeitos lesivos ao bem-estar?

V. 2 Devem as Cooperações Empresarias serem submetidas ao Controle de Estruturas?

Primeiramente, cabe ressaltar que, conforme já admitido no item anterior, seria possível afirmar que as cooperações empresariais se subsumem ao artigo da Lei 8.884/94 à medida que implicam, ao menos potencialmente, em limitação à concorrência. Não obstante isso, o que deve ser examinado é se (i) elas devem ser analisadas mediante o controle preventivo? E (ii) se são todas as cooperações empresariais devem ser analisadas mediante o controle preventivo ou se é possível dividir as formas de cooperação empresariais em grupos que devem ser apresentados ao controle preventivo e grupos que não deveriam ser submetidos ao controle preventivo?

A importância dessa análise foi muito bem explicada pelo Conselheiro Prado (2007)¹⁸

“A legislação brasileira de defesa da concorrência, no art. 54 da lei 8.884/94, pela sua generalidade, abre espaço para que seja apresentado um grande número de atividades de cooperação econômica, de escassa relevância para o ambiente econômico. Para evitar-se a insegurança jurídica,

¹⁸ Voto emitido nos autos do Ato de Concentração nº 08012.002442/2004-03, em que eram Requerentes Líder Táxi Aéreo S/A – Air Brasil e Helicópteros do Brasil S.A.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

e mais ainda para que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência não seja inundado com grande número de Atos de Concentração para quais não há razão econômica que recomende a sua submissão é necessário que a jurisprudência do CADE estabeleça claramente interpretações sobre o alcance desse texto jurídico”.

Para Salomão Filho (2007, p. 297), estas questões podem ser solucionadas com base em uma interpretação sistemática da Lei 8.884/94 que possibilite distinguir os casos em que as cooperações empresariais estão sujeitas à aplicação da regra da razão nos moldes do artigo 54 da Lei 8.884/94 dos casos sujeitos ao controle repressivo do poder econômico nos termos dos artigos 20 e 21 do referido diploma legal.

Insta salientar, ademais, que para Salomão Filho, inexistente qualquer conflito ou concorrência entre as 2 (duas) disposições, sendo que se torna forçoso reconhecer que tais dispositivos se encontram em harmonia quando se considera que o controle repressivo objetiva disciplinar atos e acordos eminentemente oportunistas, isto é, atos e acordos que consubstanciem abuso de poder econômico, podendo acarretar um dos efeitos elencados no artigo 20 da Lei 8.884/94, a saber, (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre-concorrência; (ii) dominar mercado relevante de bens e serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros e (iv) exercer de forma abusiva de posição dominante.

V. 2.1 Teoria dos *Ancillary Restraints*

A referida interpretação sistemática da legislação é viabilizada e bastante enriquecida com a aplicação da teoria dos *ancillary restraints*, uma teoria norte-americana que possibilita distinguir os tipos de acordos de cooperação empresarial que devem ser submetidos a controle estrutural daqueles que devem ser submetidos ao controle repressivo de poder econômico.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

De acordo com essa teoria, essa distinção deve ser realizada mediante o exame dos objetivos principais do acordo de cooperação empresarial. Os acordos que apresentarem como objetivo único e/ ou principal algum tipo de restrição à concorrência devem ser considerados ilícitos *per se*. Por sua vez, quando for verificado que a restrição a concorrência configura objeto secundário do acordo e não principal, este acordo estará sujeito ao controle preventivo, para que as autoridades de defesa da concorrência possam examinar os efeitos líquidos do ato e decidir pela sua aprovação ou não.

Insta salientar ademais, que, de acordo com o “*Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*”, da *Federal Trade Commission*, acordos que conferem aos signatários a capacidade de elevar os preços e reduzir a oferta tendem a serem considerados de forma *per se* ilegais. Não obstante isso, dado que tais acordos também podem acarretar eficiências, a FTC os admite desde que observadas 2 (duas) condições, a saber, que (i) a restrição à concorrência não seja substancial e (ii) tampouco injustificada.

No que se refere a avaliação dos efeitos dos acordos de cooperação empresarial, o Banco Mundial e a OCDE (2003, p. 62-64) sugerem que a autoridade antitruste responda, caso a caso, as seguintes 5 (cinco) perguntas: (i) O acordo confere a possibilidade de restringir a oferta e aumentar preços? (ii) A restrição é pura ou está relacionada a uma integração pró-competitiva de fontes econômicas? (iii) A restrição poderá acarretar uma redução da oferta e aumentos de preços, ou de outra forma criar ou facilitar o exercício do poder de mercado? (iv) A restrição é necessária para atingir os benefícios pró-competitivos alegados? (v) Esses benefícios compensam os riscos de práticas anticompetitivas?

Neste ponto, cumpre salientar que o CADE já aplicou esta teoria para determinar se um ato deveria ou não ser submetido ao controle preventivo de poder econômico, conforme se pode depreender das decisões emitidas nos autos dos Atos de Atos de Concentrações nº 08012.002315/99-50, 08012.004117/99-67 e 08012.000002/2001-61. Nas referidas ocasiões, o Plenário entendeu que o



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

objeto das operações era restrição da concorrência, de modo que tais operações não configuravam atos de concentração, mas sim condutas anticompetitivas.

Ocorre que, na prática, por vezes, esta teoria é difícil aplicação à medida que a tarefa de definir o objetivo principal de um ato ou de um contrato pode ser de grande complexidade. Nesse sentido, é de grande auxílio a análise das formas em que as cooperações empresariais se consubstanciam.

V. 3 Análise das principais formas das cooperações empresariais

Diante disso, passa-se a analisar as 4 (quatro) formas principais em que as cooperações empresariais se configuram - quais sejam, (i) formas societárias; (ii) o contrato bi ou plurilateral cujo objeto específico é a cooperação, (iii) as associações entre as empresas e (iv) as *joint ventures* - a fim de delinear quando estariam sujeitas ao controle preventivo de poder econômico e quando estariam sujeitas ao controle repressivo de poder econômico.

V. 3.1 Estrutura Societária

Segundo Salomão Filho (2007, p. 287), em algumas hipóteses, não obstante 2 (duas) empresas não estejam necessariamente concentradas, elas se encontram em uma situação de interdependência que permite presumir que não poderão conduzir seus negócios de forma totalmente independente e autônoma uma da outra. Em tais situações, a empresa adquire o que ele denomina de influência relevante.

Podem ser citadas como exemplo a existência de poder de veto por minorias em matérias cruciais à administração da sociedade, a existência de participação expressiva no capital não votante ou a existência de sociedades com a prerrogativa de coordenação de outras. Nestes casos, a conformação de poderes societários e do interesse dos titulares impõe a pressuposição de que a empresa não poderá conduzir seus negócios de forma independente e autônoma.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

V. 3.2 Acordos de Cooperação

Os acordos de cooperação clássicos têm como objeto a fixação de preços, de quantidades produzidas e/ou repartição de mercado. Tais acordos são geralmente disciplinados pela via repressiva à medida que não apresentam, nem potencialmente eficiências, ou seja, não poderiam melhorar o bem-estar social.

V. 3.3 Associações de Empresas

O elemento caracterizador das associações é a inexistência de um vínculo de dependência econômica entre as partes ou de relação de subordinação econômica. Esse tipo de cooperação econômica tem se tornado mais comum com a difusão de acordos de aliança estratégica.

Esses acordos podem tomar a forma de contratos ou serem formas tácitas de cooperação. Caracterizam-se pela realização de uma atividade em conjunto, tais como, algum tipo de compartilhamento de informações, infra-estrutura, pesquisa e desenvolvimento ou *marketing* que, de alguma forma, tenha efeitos sobre a atuação das partes.

A análise da subsunção de tais operações ao controle preventivo de poder econômico é um pouco mais sensível. A formação de uma cooperativa econômica para a aquisição de insumos a preços mais acessíveis (devido ao poder de barganha adquirido) não está sujeita ao controle preventivo de poder econômico, pois presume-se que as empresas continuaram a concorrer no mercado. Do mesmo modo, a divulgação de preços das empresas tampouco estaria sujeita ao controle preventivo de poder econômico. Por sua vez, acordos que possibilitem a realização de pesquisa e desenvolvimento de nova tecnologia ou de nova aplicação da tecnologia, mediante a aplicação das *ancillary restraints*, estariam sujeitos ao controle de estruturas.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

V. 3.4 *Joint Ventures*

As *joint ventures* se caracterizam pelo compartilhamento do controle de uma empresa por, pelo menos, 2 (dois) agentes econômicos anteriormente independentes. Existem 2 (duas) formas principais de constituição de uma *joint venture*, quais sejam, (i) a criação de uma nova empresa e (ii) a criação de um negócio, ambas com o propósito específico de realizar os objetivos estabelecidos em sua razão social.

Em outras palavras, trata-se de uma forma de associação em que as partes mantêm a sua independência, mas se unem para realizar uma determinada atividade econômica em conjunto. Ademais, podem se configurar de diferentes formas societárias, tais como sociedade comercial e consórcio¹⁹.

Importante notar a que as *joint ventures* podem ser concentradoras ou cooperativas. As *joint ventures* concentradoras se caracterizam pela (i) assunção das atividades preexistentes de seus controladores que deixam de exercer a atividade diretamente e (ii) existência de dependência econômica entre os controladores. Por seu turno, as *joint ventures* cooperativas se caracterizam (i) pelo fato dos controladores continuarem a exercer atividades e (ii) independência econômica.

Entende-se que as *joint ventures* concentradoras e as associativas devem ser submetidas à apreciação do SBDC no âmbito do controle de estruturas nas hipóteses em que qualquer uma das partes se enquadre em um dos critérios de submissão previstos na Lei 8.884/94, seja o de faturamento, seja o de participação de mercado.

¹⁹ Consórcios são contratos disciplinados pelos artigos 278 e 279 da Lei 6.404 de 15.12.76 mediante os quais companhias ou quaisquer outras sociedades - submetidas ao mesmo controle ou não - executam determinado empreendimento. O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

CAPÍTULO VI: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO CADE

No entanto, ainda pode ser questionado: quais atos jurídicos lícitos praticados por autonomia da vontade privada por agentes econômicos – sejam concentração de empresas sejam acordos de cooperação empresarial - que se encaixam nos critérios objetivos são de submissão obrigatória? A princípio, isso é um juízo de quem pratica o ato que deve ser feito com base na legislação, na doutrina e nas decisões do CADE, conforme se depreende das lições de Baker *et al.* (2002, p. 3):

*“By using the term “system” we emphasize the need to understand both antitrust doctrine -the texts and interpretations of competition laws- as well as the institutions used to implement such legal commands.”*²⁰

Insta salientar, outrossim, que, conforme o entendimento majoritário da doutrina e do CADE²¹, não é aceita a tese de que, apesar do agente econômico se enquadrar em um dos critérios objetivos como o ato na prática não prejudica ou limita a concorrência e, tampouco resulta na dominação de mercados, não é necessária a sua apresentação ao SBDC. Nesse sentido, manifestação da douta Procuradoria do Conselho:

“Se se admitir que as empresas com faturamento superior a R\$ 400 milhões podem deixar de apresentar, tempestivamente, as operações que realizarem, alegando

²⁰ Utilizando a expressão “sistema”, nós enfatizamos a necessidade de entender tanto a doutrina antitruste – os textos e interpretações das leis de defesa da concorrência – assim como as instituições utilizadas para implementar os referidos comandos legais Tradução livre pelo autor (Baker *et al.*, 2002, p.3)

²¹ Ato de Concentração nº 08012.006375/1998-42 – Pedreiras Empreendimentos e Participações Ltda., Mark IV Automotivo do Brasil Ltda. e Techold Ltda, Ato de Concentração n 08012.003315/2004-13 - E.I. Du Pont de Nemours And Company, Du Griffin Corporation of Valdosta, Geórgia.; o Parecer ProCADE No. 664/2004, emitido nos autos do Ato de Concentração No. 08012.002256/2002-83



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

*entenderem que não causam prejuízo à concorrência, ficará irremediavelmente inviabilizado o controle do mercado exercido pelo CADE. Seria o mesmo que sustentar não ser devida multa fiscal pela não apresentação de declaração de renda sob o argumento de que “o contribuinte já sabia que não devia o imposto” ou, então, ser nula multa imposta por órgão ambiental pela não realização prévia de estudo de impacto ambiental, pois a empresa “sabia que a obra não causaria dano ao meio ambiente”.*²²

Diante disso, torna-se imperativo reconhecer a importância da análise da jurisprudência do CADE no que se refere à construção do conceito de Ato de Concentração.

É este o objetivo desse capítulo realizar uma análise da jurisprudência do CADE de 2 (duas) formas diferentes a fim de que se possa determinar qual o conceito de Ato de Concentração tem as autoridades de defesa construído mediante à aplicação da Lei 8.884/94 a casos contratos.

O primeiro modo se dará por meio de uma análise quantitativa das decisões com base no conhecimento da operação para determinar se, apesar da abrangência da Lei, é possível desenhar um painel dos tipos principais de operações que têm sido conhecidos e processados pelo CADE como Ato de Concentração. O segundo modo de análise da jurisprudência do CADE terá por base as linhas de entendimento sedimentadas na jurisprudência do CADE com base em alguns precedentes importantes.

²² Contestação apresentada pela Procuradoria do CADE relativa ao Processo nº 2006.01.00.000002-7 – DF



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

VI. 1 Uma análise quantitativa: a Jurisprudência do CADE em números

VI. 1.1 Metodologia utilizada

A análise quantitativa das decisões do CADE foi feita com base em um levantamento da jurisprudência do CADE em um intervalo de 5 (cinco) anos, compreendido entre 2002 e 2006²³. Para isso, a base de dados utilizada foi a lista de casos julgados apresentada nos Relatórios Anuais do CADE²⁴, que se encontram disponibilizados em sua página eletrônica.

Uma vez que se almejava analisar o que a jurisprudência do CADE consagra como ato de concentração, somente foram analisados os atos e contratos que o Plenário entendeu que se subsumiam às hipóteses do Artigo 54 da Lei 8.884/94 e, conseqüentemente, conheceu a operação e proferiu um julgamento de mérito a seu respeito.

Utilizou-se, via de regra, a descrição da operação ou do contrato constante do acórdão da decisão²⁵ para classificá-la em 6 (seis) grupos de tipos de atos e contratos, quais sejam, (i) aquisição da totalidade do controle, fusões e incorporações contratos; (ii) aquisição de ativos ou negócios; (iii) aquisição de participação societária (incluiu-se, nesse item, as reestruturações societárias); (iv) contratos de distribuição e fornecimento; (v) parcerias (incluiu-se consórcios, associações e *joint ventures*); e (vi) acordos de cooperação.

Essa análise compreendeu um total de 2.344 (dois mil trezentos e quarenta e quatro) julgados. Os resultados deste levantamento são apresentados na tabela A.

²³ Esse espaço de tempo foi eleito uma vez que compreende os anos em que a discussão sobre subsunção de atos de concentração se intensificou de modo a possibilitar a sedimentação da jurisprudência.

²⁴ Os relatórios do CADE estão disponíveis em sua página eletrônica no endereço <http://www.cade.gov.br/publicacoes/relaanual.asp>.

²⁵ Nas hipóteses em que os acórdãos não apresentavam descrição das operações que possibilitassem essa classificação, foram verificados os relatórios e os votos para suprir essa falta de informação.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Tabela A: Tipos de Operações Conhecidas pelo CADE no período de 2002 a 2006

Tipo de Operação	2002		2003		2004		2005		2006	
	No.	(%)	No.	(%)	No.	(%)	No.	(%)	No.	(%)
Aquisição da Totalidade do Controle, Fusões e Incorporações	187	38,72	177	35,98	264	42,58	167	43,72	163	43,82
Aquisição de Ativos ou Negócios	116	24,02	124	25,2	182	29,35	84	21,99	85	22,85
Aquisição de Participação	128	26,5	140	28,46	118	19,03	95	24,87	86	23,12
Contratos de Distribuição ou Fornecimento	4	0,83	5	1,02	6	0,97	11	2,88	9	2,38
Parcerias (consórcios, associações, joint ventures)	44	9,11	41	8,33	46	7,42	25	6,54	26	6,99
Acordos Cooperação	3	0,62	3	0,61	2	0,32	0	0	3	0,81
Total	482	99,79	490	99,59	618	100	382	100	372	100

Fonte: Elaboração Própria



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

VI. 1.2 Discussão dos Resultados Obtidos: Quais operações – negócios jurídicos bilaterais – se subsumem ao controle preventivo de poder econômico?

A respeito do levantamento realizado, entende-se pertinente realizar 2 (dois) comentários iniciais. Primeiramente, cabe mencionar que a diminuição do número de atos de concentração conhecidos pelo CADE a partir de 2005 se deve ao desenvolvimento de um entendimento jurisprudencial segundo o qual o faturamento a ser considerado para apurar a observância do critério objetivo é do faturamento no Brasil e não no mundo, o que foi estabelecido posteriormente mediante a emissão da súmula nº 1 do CADE, segundo a qual *“é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração.”*

Além disso, entende-se importante ressaltar que os resultados alcançados refletem não só a sinalização feita pelas autoridades de defesa da concorrência, mas também a percepção dos administrados do que configura um negócio bilateral sujeito à apreciação do CADE. Feitas estas ressalvas iniciais, passa-se a análise dos resultados propriamente dita.

Grupo I: Aquisição da totalidade do controle, fusões e incorporações

Conforme discutido no item IV.3, configuram atos de concentração as operações que implicam em união dos centros decisórios. Necessariamente, é esta hipótese vislumbrada em casos de incorporação²⁶, fusão²⁷ e de aquisição da totalidade do controle. Em consonância com isso, conforme se depreende da Tabela A, neste primeiro grupo se enquadram o maior percentual – uma média de

²⁶ Operação de união de dois agentes econômicos em que um agente é absorvido pelo outro, sendo que último mantém sua identidade jurídica enquanto o primeiro deixa de existir como uma entidade jurídica.

²⁷ Essa união pode dar origem a um novo agente de modo que eles deixem de existir como entidades distintas, de modo que se origine um novo agente econômico e deixam de existir como entidades legais separadas.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

aproximadamente de 41,5% (quarenta e um vírgula cinco por cento) - de Atos de Concentração conhecidos e analisados pelo SBDC.

Grupo II: Aquisição de ativos e de negócios

A aquisição de ativos, por um agente econômico, os quais anteriormente eram detidos por um concorrente e utilizados na condução de seu negócio também pode configurar um ato sujeito ao controle preventivo de poder econômico, sendo que esse tipo de negócio jurídico representa em média 24,68% (vinte e quatro vírgula sessenta e oito por cento) dos casos analisados no intervalo estudado.

Note-se, entretanto, que para que esse tipo de negócio configure um ato de concentração, os ativos adquiridos devem configurar a totalidade ou parte de um negócio, ou seja, devem ser necessários para a condução de uma atividade com presença de mercado a qual um faturamento – e, conseqüentemente, um *market-share* - podem ser claramente atribuídos.

Ademais, cumpre salientar que, observadas tais condições, a aquisição tanto de ativos tangíveis (tais como máquinas e fábricas) como de ativos intangíveis (*e.g.* direitos de exploração, direitos de propriedade intelectual, carteira de clientes) configura um ato sujeito ao controle preventivo de poder econômico, à medida que se trata um modo de (potencialmente) limitar a concorrência e de concentrar poder de mercado.

Grupo III: Aquisição de controle ou de certo grau de influência sobre o empreendimento

Um percentual alto das operações conhecidas pelo CADE se refere a aquisições de participações societárias e reestruturações societárias com alteração de controle. Deveras, todos os atos que resultam em alteração dos pólos decisórios e em aquisição de influência sobre a condução dos negócios da empresa objeto da operação, poderiam resultar em dominação de mercados. Configuram, portanto, atos de concentração.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Grupo IV: Contratos de distribuição ou de fornecimento

A celebração de acordos de distribuição ou de fornecimento em mercados concentrados pode configurar restrições verticais, especialmente se apresentarem se cláusulas de exclusividade²⁸. Destarte, eles podem ocasionar fechamento do mercado seja *upstream* ou *downstream* ao possibilitarem a exclusão de competidores. Destarte, verifica-se que, não obstante seja um baixo percentual dos casos apreciados pelo CADE – uma média de 1,6% dos casos (um vírgula seis por cento) -, tais contratos tem sido considerados hipóteses que subsumem às hipóteses de controle preventivo pelo CADE.²⁹

Grupo V: Parcerias

Verificou-se que parte considerável dos atos analisados pelo CADE (média 7,44%) se trata de consórcios, *joint ventures* e associações. A este respeito, vale lembrar que algumas dessas parcerias configuram atos de concentração quando houver a combinação da totalidade ou de parte das operações comerciais de um empreendimento a fim de criar um novo empreendimento, enquanto que outra parte configura cooperação empresarial.

²⁸ Cabe mencionar que no que se refere a contratos que geram exclusividade, segundo Pondé *et al* (1996), as principais preocupações das autoridades de defesa da concorrência podem ser resumidas no que se refere ao (i) aumento das barreiras à entrada; e (ii) bloqueio do mercado (*foreclosure*). O aumento artificial de barreiras à entrada ocorre quando, em decorrência de uma integração vertical, um ofertante possa limitar a capacidade de seus compradores/ vendedores de adquirir outros produtos ou serviços que não os seus. Se esta possibilidade se concretizasse, o novo entrante seria obrigado a ser verticalmente integrado, produzindo e revendendo seus próprios produtos e serviços, fato que poderia gerar um aumento significativo de seus custos. O bloqueio de mercado (*foreclosure*) se refere também à obtenção da capacidade de limitar a capacidade de seus compradores/ vendedores de adquirir outros produtos ou serviços que não fossem os seus, no entanto, aplica-se, às empresas já instaladas.

²⁹ AC nº 08012.006150/1999-11, AC nº 08012.004600/2005-32, AC nº 08012.006362/2005-08; AC nº 08012.000491/2005-84; AC nº 08012.006415/2005-82; AC nº 08012.003427/2003-93; AC nº 08012.007073/2003-56; AC nº 08012.007081/2003-01; AC nº 08012.005042/2004-41; AC nº 08012.009279/2004-00; AC nº 08012.004661/2006-81.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Grupo VI: Acordos de Cooperação Empresarial

É bem baixo o percentual de acordos de cooperação empresarial que têm sido conhecidos pelo CADE. Ressalte-se que, não obstante nestes casos tenham ocorrido discussões sobre a razoabilidade e a conveniência de analisar tais contratos mediante o controle preventivo³⁰, o fato é que os poucos acordos apresentados pelo administrado têm sido conhecidos e apreciados pelas autoridades de defesa da concorrência.

Em síntese, a análise feita da jurisprudência do CADE possibilita afirmar que as concentrações empresariais, dentre as quais se destacam em importância as aquisições de participação ou da totalidade de capital social como as de ativos, as fusões, as incorporações estão sujeitas ao controle preventivo de poder econômico. Ademais, as cooperações empresariais – ainda que em proporção bem menor – também têm sido conhecidas e apreciadas pelo CADE mediante o controle preventivo de poder econômico.

VI. 2 Uma análise qualitativa: houve uma evolução da Jurisprudência do SBDC no que se refere ao conceito de ato de concentração nos últimos cinco anos?

Há apenas 5 (cinco) anos atrás é que se intensificaram as discussões sobre o conhecimento de Operações pelo CADE. Antes, de forma geral, as operações apresentadas, em que as partes observavam os requisitos do 3º do Artigo 54 da Lei 8.884/94, eram analisadas como ato de concentração, sem que houvesse uma análise de preliminar de mérito da subsunção ou não do ato ou contrato apresentado à hipótese do Artigo 54 da mesma Lei.

Destarte, durante certo período de tempo, o CADE conhecia como hipótese subsumida ao controle de estruturas - e, portanto, como Ato de

³⁰ Esta discussão foi abordada em maior detalhe no item V.3 deste trabalho.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Concentração - todos os atos de integração mesmo aqueles em que não havia qualquer alteração no pólo decisório das empresas.

Não é por outra razão que Andrade (2002, p. 317) se manifestou no sentido que o conceito-chave da política de defesa da concorrência brasileiro é o de concentração de poder econômico e não o de controle, conforme se pode depreender do fragmento infratranscrito:

O conceito –chave utilizado no direito de defesa da concorrência brasileiro é a concentração de poder econômico. Nesse ponto podemos traçar a primeira diferenciação em relação ao direito comunitário, no qual o conceito - chave que determina ou não a apresentação de uma operação de concentração é o controle. De fato, interessa apenas ao CADE o exame daqueles atos que visem qualquer forma de concentração econômica e atinjam os índices de jurisdição estabelecidos.

Ocorre que houve uma importante evolução nos últimos cinco anos na jurisprudência do CADE, mediante a introdução do conceito de “subsunção” que tornou necessária a análise sobre o que ocorre com os centros decisórios e com as estruturas dos mercados.

Trata-se da ótica segundo a qual se tem uma hipótese esboçada na Lei de Defesa da Concorrência, como a hipótese de incidência consagrada pelo Direito Tributário e que quando ocorre um fato na realidade que se enquadra nas hipóteses ali esboçadas, então se trataria de um Ato de Concentração.

Inicialmente, a discussão se referia à diferenciação de reorganização e reestruturação societária. A reorganização se trata de operações realizadas no interior de um grupo econômico, enquanto que as reestruturações societárias envolviam, no mínimo, a participação entre 2 (dois) grupos econômicos. Como operações dentro do mesmo grupo não podem ser enquadrados em nenhum



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

conceito de ato de concentração, entendeu-se que estas não estão sujeitas ao controle preventivo de poder econômico.

Destarte, a discussão passou a gerar em torno da diferenciação, e conseqüentemente, da subsunção das operações de reestruturação societária (transferência de participação societária) sem alteração de controle e com alteração de controle³¹. Muito embora se tenha alcançado um relativo consenso sobre a desnecessidade de notificar as reestruturações societárias sem alteração de controle (cf. Lima, 2006), ainda, não existiam critérios claros para determinar o que configuraria poder de controle, e em que hipóteses ele se consubstanciaria.

A este respeito, um importante precedente foi emitido em 1º.02.2006, em ocasião do julgamento do Ato de Concentração No. 08012.010293/2004-48, em que eram Requerentes Ideaisnet S.A. e Flynet S.A. (“Ato de Concentração Ideiasnet”), em que o Conselho formulou alguns critérios para aferir o poder de controle e se a operação incorria em qualquer alteração de poder de controle.

Primeiramente, deve ser analisado se (i) há interesse da adquirente em intervir na empresa no mercado: dado pela coincidência dos objetos sociais entre acionista e sociedade ou pela existência de vínculos contratuais. Uma vez identificado o interesse na intervenção, dois outros aspectos devem ser considerados, a saber, (ii) se a aquisição, nos termos e condições em que foi realizada, possibilita essa intervenção e (iii) a efetividade do exercício de influência nas decisões empresariais.

³¹ As operações de reestruturação societária (transferência de participação societária) sem alteração de controle podem ser divididas em 2 (duas) hipóteses distintas, a saber: (i) a entrada de acionista minoritário sem poder de ingerência na sociedade; e (ii) a saída de acionista minoritário sem poder de ingerência na sociedade. A primeira hipótese contempla a situação em que o capital social de uma sociedade é controlado por acionista pertencente a um certo grupo econômico, e outra empresa, pertencente a um grupo econômico diverso, adquire participação minoritária no capital social. Ocorre, portanto, a entrada de um novo acionista no capital da empresa objeto da operação; participação, entretanto, que não conferirá poderes de ingerência na sociedade. Dessa forma, apesar da ocorrência de modificação no capital social da empresa, não há alteração no pólo decisório da sociedade, uma vez que o controle continuará a ser exercido pelo acionista majoritário. A segunda hipótese, por sua vez, contempla a saída de sócio minoritário: o acionista majoritário adquire participação no capital social da empresa de acionista minoritário que não tinha qualquer poder de ingerência na sociedade em questão.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Para verificar a possibilidade e a efetividade da ingerência possibilitada pela aquisição de participação minoritária devem ser verificadas as seguintes circunstâncias: (a) possibilidade do acionista eleger membros no Conselho de Administração e Diretoria; (b) dispersão de ações, (c) predominância nas últimas Assembléias Gerais, (d) acordo de acionista que atribua o poder de deliberar sobre determinados assuntos, (e) existência de vínculos contratuais que lhe dê poder de barganha e (f) previsões estatutárias que possibilitem uma maior participação do acionista minoritário.

Tais critérios já estão sendo utilizados recorrentemente pelo CADE para determinar se certa operação deve ou não ser conhecida como Atos de Concentração. Neste sentido, pode-se citar os Atos de Concentração Nos. 08012.001055/2006-11; 08012.006124/2006-75 e 08012.009306/2006-06. Assim sendo, pode-se inferir que a jurisprudência do CADE está consagrando um conceito de Ato de Concentração cada vez mais interligado com a idéia de controle, tal como é na União Européia.

Tanto é assim, que em 22.08.2007, o CADE emitiu a segunda súmula que se refere às hipóteses em que aquisição de participação minoritária por sócio majoritário deve ser apresentada. Nessa súmula foram utilizados os mesmos critérios do Ato de Concentração da Ideiasnet, conforme se pode depreender da sua transcrição abaixo:

“A aquisição de participação minoritária sobre capital votante pelo sócio que já detenha participação majoritária não configura ato de notificação obrigatória (art. 54 da Lei n. 8.884/94) se concorrerem as seguintes circunstâncias: (i) o vendedor não detinha poderes decorrentes de lei, estatuto ou contrato de (i.a) indicar administrador, (i.b) determinar política comercial ou (i.c) vetar qualquer matéria social e (ii) do(s) ato(s) jurídico(s) não constem cláusulas (ii.a) de não-concorrência com prazo superior a



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

cinco anos e/ou abrangência territorial superior à de efetiva atuação da sociedade objeto e (ii.b) de que decorra qualquer tipo de poder de controle entre as partes após a operação”.

Diante do exposto, torna-se forçoso reconhecer a existência de uma alteração, e – em nosso entender - uma evolução do conceito de ato de concentração, o qual se encontra cada vez mais vinculado à idéia de controle. Não obstante isso, acredita-se que seria interessante a ampliação da aplicação desse conceito de controle, mediante a emissão de súmulas relativas a entrada de acionista que não adquire poder de controle e para as hipóteses de reorganização societária.

Ressalva-se que, no se refere a subsunção de cooperações empresariais, não se observou uma evolução e a sedimentação de um entendimento que permita ao administrado verificar com segurança jurídica quais atos e contratos estão sujeitos ao controle preventivo.

CAPÍTULO VII: PROPOSTA DE UM CONCEITO *LATO SENSU* E *STRICTO SENSU* DE ATO DE CONCENTRAÇÃO

O objetivo deste trabalho é identificar o conceito daquilo que se convencionou denominar de “Ato de Concentração”, ou seja, determinar o que significa a expressão “Atos de Concentração” quando se afirma que, em 2006, o CADE conheceu e analisou 372 (trezentos e setenta e dois) Atos de Concentrações.

Conforme considerado no capítulo IV deste trabalho, alguns defendem que ato de concentração é sinônimo de ato de integração, enquanto que outros entendem que “ato de concentração” é a soma de poder econômico resultante do ato de integração.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Data vênia, não se entende que a utilização técnica do termo “ato de concentração” somente corresponda a estas hipóteses. Isso porque se ato de concentração necessariamente leva a soma de poder econômico, como operações não concentradoras, de entrada em um mercado relevante ou de substituição de agente econômicos poderiam ser referidas como Atos de Concentração? E se “Ato de Concentração” pode ser tido somente como ato de integração ou de união de centros decisórios, como é que entre os 372 (trezentos e setenta e dois) Atos de Concentrações analisados pelo SBDC, estariam acordos de cooperação empresarial?

Destarte, entende-se que ocorreu uma ampliação dos significado do termo “Ato de Concentração”, que passou a ser utilizado numa concepção *lato sensu* e outra *stricto sensu*. Em outras palavras, este trabalho defende a existência de um conceito *lato sensu* de Ato de Concentração que por sua vez abrange duas espécies de “Atos de Concentração”, conforme se passa a considerar.

VII. 1 Conceito de Ato de Concentração *Lato Sensu*

O conceito de Ato de Concentração *lato sensu* compreende todos os atos de atos e contratos passíveis de conhecimento pelo CADE em sede de controle preventivo de poder econômico.

Por conseguinte, configuram Atos de Concentração *lato sensu* todas as operações em que há uma alteração na estrutura de mercados, e que se subsumem as hipóteses do Artigo 54 da Lei de Defesa da Concorrência. Destarte, consoante o exposto no capítulo III, é possível definir como “Atos de Concentração” como atos jurídicos lícitos praticados por autonomia da vontade privada que possam implicar em aquisição artificial de poder econômico ou alteração dos pólos decisórios de agentes econômicos, e que, necessariamente, envolvam pelo menos



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

um agente econômico que detenha uma posição importante no mercado de bens e serviços que atua, o que é medido pela observação dos critérios objetivos.

Note-se, portanto, a existência de requisitos para a caracterização de um ato de concentração *lato sensu*, a saber, (i.a) aquisição artificial de poder econômico e/ou (i.b) alteração do pólo decisório dos agentes econômicos e (ii) a detenção de posição dominante no mercado relevante bens e serviços que atua por, pelo menos, um dos agentes econômicos envolvidos na operação (o que é medido pelos critérios objetivos).

De acordo com Salomão Filho (2007), o controle preventivo, ou seja, a análise estrutural de poder de mercado deve se concentrar no exame de operações de concentração de empresas e de cooperação empresarial, isso nos leva a considerar as duas espécies dos Atos de Concentração *lato sensu*, o que se passa a fazer.

VII. 2 Espécies dos Atos de Concentração *Lato sensu*

A divisão proposta é que os atos de concentração podem ser classificados de acordo com as alterações que acarretam nos centros decisórios dos agentes econômicos, sendo possível classificá-los em (i) atos de concentração *stricto sensu* e (ii) atos de cooperação empresarial.

VII. 2.1 Ato de Concentração *stricto sensu*

A concepção de ato de concentração *stricto sensu* corresponde ao conceito analisado no item IV.3 deste trabalho. Destarte, ato de concentração *stricto sensu* deve ser entendido como a união dos centros decisórios de, pelo menos, 2 (dois) agentes econômicos antes autônomos. Note-se que, portanto, que é requisito necessário para caracterização de ato de concentração *stricto sensu* a aquisição de modo não transitório de ingerência ou influência “determinante” ou “dominante”



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

nas decisões de outro agente econômico, podendo determinar que certo comportamento comercial ou concorrencial seja adotado ao invés de outro.

VII. 2.2 Acordos de Cooperação Empresarial

As cooperações empresariais, por sua vez, conforme considerado no item deste trabalho, podem ser definidas acordos (formais ou informais) por meio dos quais pelo menos 2 (dois) agentes distintos e independentes uniformizam certos comportamentos ou realizam certa atividade conjuntamente.

Com base nas considerações feitas especialmente na teoria da ancillary restraints e na jurisprudência do CADE, é possível afirmar que algumas das formas em que as cooperações empresariais se consubstanciam estão sujeitas ao controle preventivo de poder econômico. Trata-se de (i) formas societárias; (ii) contratos de cooperação relativos à atividades de *marketing* e pesquisa e desenvolvimento de tecnologias, (iii) associações entre as empresas; e (iv) *joint ventures*.

CAPÍTULO VIII: CONCEITO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO CONSTANTE DO PROJETO DE LEI

Muitas críticas são feitas à Lei 8.884/94 tanto pela doutrina como pelos operadores de direito. Em atenção a essas demandas foi elaborado o Projeto de Lei nº 5.877 de 2005 (“PL”) que dispõe sobre a reforma do SBDC. Note-se que PL se tornou umas das prioridades do Governo, desde sua inclusão no Programa de Aceleração de Crescimento Econômico (“PAC”) anunciado pelo governo em janeiro de 2007.

O PL prevê alterações no que se refere aos dispositivos que tratam do que configurará um ato de concentração. Destarte, faz-se necessário analisar se tais alterações afetariam o conceito de ato de concentração apresentado no capítulo anterior.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Dispõe o artigo 91 do PL, *in verbis*:

Art. 91. Para os efeitos do art. 89, realiza-se um ato de concentração quando:

I – duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II – uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores imobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III – uma ou mais empresas incorporam a outra ou outras empresas; ou

IV – duas ou mais empresas celebram um contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Verifica-se, portanto, que o projeto de Lei adota uma abordagem mais restritiva do que configura um ato de concentração quando comparado a Lei 8.884/94, à medida que elenca hipóteses taxativas dos atos que se enquadram nesse conceito. Diante disso, passa-se então a analisar cada uma destas hipóteses.

O inciso I se refere à hipótese de fusão de empresas, que, como já considerado, realmente se trata de uma hipótese de concentração econômica *stricto sensu*. Note-se que este inciso diz que configura ato de concentração a fusão de empresas que eram independentes. Esta palavra, “independente”, implica a exclusão das operações dentro do mesmo grupo econômico do conceito de ato de concentração. Assim sendo, somente serão hipótese de apresentação as operações que envolvem empresas pertencentes a grupos econômicos distintos.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

O inciso II já contempla mais hipóteses. Ele se refere à (i) aquisição de controle e de participação que configura influência dominante ou relevante (hipótese de cooperação empresarial) e (ii) aquisição de ativos e negócios.

O inciso III se refere à hipótese de incorporação de empresas. Note-se que não há a menção a incorporação de empresas independentes, o que se entende que deveria ser acrescido, a fim de evitar eventuais discussões sobre a necessidade de submeter reorganizações societárias dentro do mesmo grupo econômico.

Por fim, o inciso IV prevê que devem ser submetidas ao SBDC as hipóteses de contratos de associação, *joint ventures* e consórcios, deste modo, as cooperações empresariais continuaram a configurar hipóteses de apresentação obrigatória com o advento da nova Lei, quando as partes se enquadrarem nos critérios objetivos.

Verifica-se, por conseguinte, que o PL prevê que cooperações empresariais e concentrações empresariais *stricto sensu* continuam sendo objeto de controle preventivo pelas autoridades de defesa da concorrência. Ressalte-se que o fato do PL não vislumbrar qualquer alteração no que se refere à subsunção de acordos de cooperação é de suma importância para este trabalho. Isto porque, caso o PL estabelecesse alguma alteração neste respeito, poder-se-ia alegar que a obrigação de apresentar acordos de cooperação disposta pela Lei 8.884/94 é destituída de propósito ou desarazoadada de tal forma que as autoridades tinham elaborado um PL que poria fim à referida obrigação, contudo não é o caso, as cooperações que hodiernamente estão sujeitas ao controle preventivo, assim continuarão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, nesse trabalho, que houve uma ampliação do uso técnico do termo “Ato de Concentração”, que torna necessário um reexame da utilização técnica realizada do conceito de “Ato de Concentração”.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Partindo do pressuposto que o conceito de Ato de Concentração deve abranger todos os atos de atos e contratos passíveis de conhecimento pelo CADE em sede de controle preventivo de poder econômico, propõe-se a utilização de um conceito *lato sensu* que abrangeria duas classificações.

Atos de Concentração *lato sensu* se referem às operações em que há uma alteração na estrutura de mercados, e que se subsumem as hipóteses do Artigo 54 da Lei de Defesa da Concorrência. Destarte, é possível definir como “Atos de Concentração” como atos jurídicos lícitos praticados por autonomia da vontade privada que possam implicar em aquisição artificial de poder econômico ou alteração dos pólos decisórios de agentes econômicos, e que necessariamente envolvam pelo menos um agente econômico que detenha uma posição importante no mercado de bens e serviços que atua, o que é medido pela observação dos critérios objetivos.

Um modo objetivo de auferir preliminarmente se um ato detém o potencial de causar um dos referidos efeitos é mediante a observância das características dos agentes econômicos que o praticam. É possível presumir que detém posição dominante os agentes econômicos que observem um dos critérios objetivos do § 3º do artigo 54. Por essa razão, a Lei 8.884/94 determina que todos os atos praticados por agentes econômicos que observem os critérios do faturamento ou do *market-share* que se enquadrariam na definição de ato de concentração são de submissão obrigatória.

Note-se, portanto, a existência de requisitos para a caracterização de um ato de concentração *lato sensu*, a saber, (i) aquisição artificial de poder econômico e/ou (ii) alteração do pólo decisório dos agentes econômicos (iii) a detenção de posição dominante no mercado relevante bens e serviços que atua por, pelo menos, um dos agentes econômicos envolvidos na operação (o que é medido pelos critérios objetivos).

Existem duas espécies dos Atos de Concentração *Lato sensu*, *quais sejam*, (i) atos de concentração *stricto sensu* e (ii) atos de cooperação empresarial.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

A primeira espécie, ato de concentração *stricto sensu*, deve ser entendida como a união dos centros decisórios de, pelo menos, 2 (dois) agentes econômicos antes autônomos. Note-se que, portanto, que é requisito necessário para caracterização de ato de concentração *stricto sensu* a aquisição de modo não transitória de controle, o qual deve ser entendido como influência “determinante” ou “dominante” nas decisões de outro agente econômico, podendo determinar que certo comportamento comercial ou concorrencial seja adotado ao invés de outro. Note-se, ademais, que a jurisprudência do CADE tem sedimentado critérios claros para aferir a aquisição desse poder desde o precedente emitido no Ato de Concentração Ideiasnet.

A segunda espécie são as cooperações empresariais. Tratam-se de acordos (formais ou informais) por meio dos quais pelo menos 2 (dois) agentes distintos e independentes uniformizam certos comportamentos ou realizam certa atividade conjuntamente. Isto porque, em consonância com a teoria da *ancillary restraints* e com a jurisprudência do CADE, é possível afirmar que (i) as formas societárias de cooperação empresarial; (ii) os contratos de cooperação relativos à atividades de *marketing* e pesquisa e desenvolvimento de tecnologias, (iii) as associações entre as empresas e (iv) as *joint ventures* estão sujeitas ao controle preventivo de poder econômico.

Por fim, cabe frisar que apesar desse trabalho ter estudado questões basilares à aplicação do direito antitruste, notou-se a inexistência de entendimentos pacificados tanto na doutrina como na jurisprudência no que tange ao conceito de ato de concentração. Indubitavelmente, faz-se necessário o desenvolvimento e da consolidação da jurisprudência do CADE para que o agente econômico disponha de parâmetros ou, pelo menos, de diretrizes claras e objetivas que lhe confirmem meios para a tomada de decisão.

Cumprе salientar que esse desenvolvimento beneficiará a todos na sociedade. De um lado, os administrados como agentes econômicos racionais, disporão de as informações seguras para a tomada de decisões. De outro, a Administração poderá selecionar os atos que devem ser analisados, a fim de evitar



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

o gasto de recursos (que são escassos) em atos que não apresentam nem mesmo o potencial de alterar as estruturas do mercado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de Concentração de Empresas*. São Paulo:Ed. Singular, 2002.

BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de Empresas e Direito Antitruste*. São Paulo: Ed. Atlas, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003. 1º volume, pp. 426-267

DUTRA, Pedro. *Livre Concorrência e Regulação de Mercados*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003. pp. 319-349

FERRAZ JUNIOR, Tércio. *Das Condições de Obrigatoriedade de Atos de Concentração* in Revista do IBRAC nº5 volume 2.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

FRASCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Jurisprudência do CADE 1963-2003*. CD-ROOM

GOLDBERG, Daniel K. *Poder de Compra e Política Antitruste*. São Paulo: Ed. Singular, 2006, pp. 85 – 87.

INTERNACIONAL COMPETITION REVIEW, *Defining “Merger” Transactions for purposes of Merger Review*, 2006. disponível no endereço eletrônico <http://www.icn-moscow.org/page.php?id=7>

Lei 8.884/94

LIMA, Ticiane Nogueira da Cruz. *O CADE e as Reestruturações Societárias*. São Paulo: Ed. Singular, 2006.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica. O controle da concentração de empresas*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Organização para o desenvolvimento e Cooperação Econômica (“OCDE”) & Banco Mundial. *Diretrizes para elaboração de política de defesa da concorrência*. São Paulo: Ed. Singular, 2003.

PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

PONDÉ, J. L., FAGUNDES, J., POSSAS, M. L. *Custos de Transação e Políticas de Defesa da Concorrência* disponível no website: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/custos_de_transacao_e_politicas_de_defesa_da_concorrência.pdf

Resolução nº 15 do CADE

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Concorrência*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002. pp. 55-85

_____. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, 3ª edição.

VARIAN, Hal. *Microeconomia. Princípios Básicos*. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2003.

WILLIAMSON, Oliver. *The modern corporation: origins, evolutions, attributes*. *Journal of Economic Literature*, Vol. 19, No. 4, 1981.