

OS GRUPOS DE SOCIEDADES SOB A ÓTICA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Flávio Amaral Garcia*

1. INTRODUÇÃO

A atividade empresarial tem por escopo, em uma economia regida pelo livre mercado, a busca constante da maximização dos seus lucros. No entanto, para alcançar este objetivo os agentes econômicos são naturalmente forçados pelo próprio mercado a procurar alternativas que proporcionem aumento dos seus ganhos, o que inclui, por exemplo, a racionalização dos seus custos e a incorporação à sua produção das inovações tecnológicas.

Esta constatação ganha relevo em uma economia globalizada, na qual apresentam mais condições de sobrevivência as grandes corporações que se mostrarem preparadas para atender a demanda dos mercados, que, à evidência, são cada vez mais internacionalizados e interdependentes. Por sua vez, a formação de corporações nestas proporções induz necessariamente a um processo de concentração empresarial, o que inclui, dentre outras formas, a constituição de grupos de sociedades.

Portanto, na fase atual da atividade empresarial, a formação de grupos de sociedades se apresenta como uma das formas de maior destaque na organização econômica das empresas.

Neste contexto surge a necessidade de examinar a atuação destes grupos de sociedades dentro do direito da defesa da concorrência, já que, como as demais formas de concentração, a sua atuação nos mercados pode acarretar abuso no exercício do seu inegável poder econômico.

O papel do Estado se torna, neste cenário, indispensável, visando corrigir e evitar que esta atuação afronte os princípios e objetivos que informam a ordem econômica e financeira, tal qual exposto no Título VII da Constituição Federal. Não mais se admite, como na época em que prevaleciam os conceitos puramente liberais, que o Estado atue como mero observador da atuação dos agentes econômicos e das estruturas de mercado.

* Procurador do Estado.

Se de um lado é legítimo e natural que as empresas busquem a concentração empresarial com vistas ao aprimoramento de suas atividades e aumento dos seus lucros, de outro é fundamental que o Estado atue na tutela dos interesses da coletividade, permitindo que as vantagens obtidas sejam, de alguma forma, partilhadas com toda a sociedade.

No presente estudo far-se-á, primeiramente, uma abordagem do fenômeno da concentração empresarial, na medida em que uma das suas formas de exteriorização é por meio dos grupos de sociedades.

Em um segundo momento será examinada a estrutura societária dos grupos, em especial à luz do direito positivo pátrio, já que não se pode analisar as repercussões dos grupos de sociedade no direito da defesa da concorrência sem antes examinar os aspectos formais que informam a sua própria constituição.

O tópico subsequente enfoca os grupos de sociedade à luz dos controles preventivo e repressivo exercidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, adentrando no papel e nos objetivos inerentes ao Direito da Defesa da Concorrência, colocando, ao final, algumas reflexões e ponderações em face de tudo o que foi anteriormente dito.

2. O FENÔMENO DA CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL

2.1 Fundamentos da Concentração Empresarial

A concentração empresarial é, na sua essência, um fato econômico. Significa dizer que é por força de condicionantes econômicas que as sociedades acabam buscando se integrar, acarretando, via de consequência, aumento da dimensão da própria empresa.

JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA¹ resume a idéia de concentração empresarial como o “*aumento de riqueza em poucas mãos*”. De fato, sob o aspecto econômico, a centralização do capital em alguns poucos agentes econômicos é a principal consequência quando ocorre alguma forma de concentração.

Os processos de concentração ganharam novo relevo e dimensão nas últimas décadas², mormente em função da internacionalização dos mercados, no processo conhecido como globalização econômica. Este cenário impõe nova lógica na dinâmica empresarial, provocando nas sociedades, até mesmo por uma questão de sobrevivência, a busca de parcerias e associações.

1 **Direito Antitruste e Regime das Concentrações Empresariais**. São Paulo: Atlas, 1997, p.84.

2 No Brasil, a partir da segunda guerra mundial, deu-se início ao processo de incentivo à formação de um empresariado forte, acentuado com as diretrizes traçadas na Lei n.º 5.727, de 04.11.1971, que aprovou o Primeiro Plano Nacional de Desenvolvimento – I PND e posteriormente pela Lei n.º 6.151, de 04.12.1974 que instituiu o Segundo Plano Nacional de Desenvolvimento – II PND.

Nesta ótica, pode-se dizer que a concentração decorre da necessidade das empresas de maximizarem as suas eficiências econômicas, o que se dá, por exemplo, com os ganhos oriundos de uma economia de escala, a redução dos custos e a padronização e melhoria da qualidade dos produtos. Pode-se mencionar, também, como fator a justificar as concentrações empresariais, a necessidade de conquista de novos mercados e a natural tendência de expansão das atividades econômicas.

2.2 A concentração empresarial e o Direito da Defesa da Concorrência

Se de um lado é evidente que as concentrações empresariais acarretam benefícios para as empresas que participam do processo de integração, de outro é certo que dela podem advir conseqüências indesejáveis, mormente no que concerne ao Direito da Defesa da Concorrência, mencionando-se, por exemplo, uma possível oligopolização ou até mesmo monopolização das estruturas de mercado, permitindo-se a obtenção de lucros extremados e abusivos; daí o legítimo papel do Estado na proteção das estruturas de mercado.

Não é nova a discussão sobre os malefícios ou benefícios das concentrações empresariais, existindo, no direito norte-americano, pontos de vista totalmente distintos sobre a questão, expressados pelas Escolas de Harvard e Chicago. PAULA A. FORGIONI³ explicita o pensamento das duas correntes:

“Em linhas gerais, a Escola de Harvard sustenta que devem ser evitadas as excessivas concentrações de poder no mercado, que acabam por gerar disfunções prejudiciais ao próprio fluxo das relações econômicas, buscando-se um modelo de workable competition. (...) O modelo de concorrência que se propugna implica a manutenção ou incremento do número de agentes econômicos no mercado, sendo a concorrência buscada como um fim em si mesma. Desta forma, mantém-se a estrutura pulverizada, evitando-se disfunções no mercado. A frase ‘small is beautiful’ pode resumir a tese que defendem”

(...)

A Escola de Chicago traz para o antitruste, de forma indelével, a análise econômica, instrumento de uma busca maior: a eficiência alocativa do mercado, que sempre beneficia os consumidores. Esse fato é verdadeiro, esteja o agente econômico em posição monopolista ou sujeito à competição. Os principais institutos antitruste passam a ser pensados em termos de eficiência alocativa: sob esse prisma, as concentrações (e o poder econômico que dela deriva) não são vistas como um mal a ser evitado, os acordos verticais passam a ser explicitados em termos de eficiência e ganho para os consumidores.” (grifos nossos).

3 Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 156 e 160.

Para o Direito da Defesa da Concorrência não importa o fenômeno da concentração empresarial em si mesmo, mas sim a sua repercussão em termos de aumento do poder econômico dos agentes envolvidos e possíveis conseqüências que podem advir desta concentração naquele determinado mercado.

Em relação ao direito brasileiro, como adiante se verá, existe um efetivo controle preventivo das estruturas de mercado, o que apresenta direta ligação com a questão das concentrações empresariais.

É possível, no entanto, adiantar que, em nosso contexto, não se pode *a priori* afirmar que a concentração econômica é maléfica ou benéfica. Somente diante da análise específica no caso concreto a ser efetivada pelo órgão regulador – o CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE – é que se poderá saber se determinado ato de concentração produz eficiências desejáveis ou indesejáveis⁴.

NUNO T. P. CARVALHO⁵ define concentração, à luz do direito da defesa da concorrência, da seguinte forma:

“Concentração de empresas é todo o ato de associação empresarial, seja por meio da compra parcial ou total dos títulos representativos de capital social (com direito a voto ou não), seja através da aquisição de direitos e ativos, que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial – quer este controle seja exercido efetivamente ou não, conforme lembram AREEDA & KAPLOW.”

Sublinhe-se que, no campo da Defesa da Concorrência, dois são os elementos fundamentais a permitir a averiguação de concentração econômica: o primeiro, mencionado acima, é saber se antes da concentração existiam dois centros decisórios e depois da sua ocorrência passa a existir apenas um; o segundo é a avaliação do impacto produzido no mercado do ato de concentração.

Donde se conclui que neste subsistema jurídico o que importa verdadeiramente é a verificação dos **efeitos** do ato da concentração nas estruturas de mercado e não propriamente a forma pela qual o fenômeno se exterioriza.

4 GILBERTO DE ABREU SODRÉ CARVALHO *in* Responsabilidade Civil Concorrencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 38, delimita a questão: “Assim, as concentrações são sempre – excepcionados os erros de avaliação de negócio – boas para os concorrentes que as praticam. O que não podem ser é prejudiciais às estruturas da concorrência, isto é, aos consumidores em seu interesse permanente, que se confunde com o interesse público.”

5 As Concentrações de Empresas no Direito Antitruste. São Paulo: Resenha Tributária, 1995, pp. 91/92.

2.3 Formas de Exteriorização da Concentração Empresarial

O fenômeno da concentração pode-se revelar sob formas jurídicas distintas. Nem sempre há coincidência entre o aspecto econômico e o jurídico-formal, não sendo tarefa fácil para o operador do Direito enquadrar o fato econômico dentro de uma das categorias jurídicas existentes.

Isto ocorre em função de ser o fenômeno econômico extremamente dinâmico e complexo, podendo-se, em razão desta constatação, perceber que não é simples elaborar uma classificação absoluta de todas as formas de concentração.

No entanto, tradicionalmente costuma-se classificar⁶ as concentrações econômicas em três categorias distintas: horizontais, verticais e conglomerados.

A concentração **horizontal** é aquela que ocorre entre empresas que concorrem entre si, ou seja, dentro de um mesmo mercado. É, talvez, a mais nociva para a livre concorrência, já que um ou mais agentes econômicos não mais atuarão naquele mercado.

A concentração **vertical** é aquela que ocorre entre empresas que atuam em estágios distintos da produção. É o caso, por exemplo, de uma integração entre o comprador e o vendedor que operam no mesmo processo produtivo.

A formação de **conglomerados** ocorre em caráter residual, ou seja, englobando todas as concentrações que não sejam verticais ou horizontais. Pode-se dizer, em linhas gerais, que se dá quando a concentração ocorre entre empresas que atuam em mercados absolutamente distintos e sem nenhuma correlação entre si.

WALDIRIO BULGARELLI⁷ propõe interessante sistematização das várias modalidades de concentração. Utiliza dois critérios básicos: quanto ao grau de domínio e quanto ao vínculo jurídico.

Quanto ao grau de domínio subdivide as modalidades nos tipos de coordenação (cartéis, consórcios) e subordinação (**grupos**, participações, uniões pessoais).

Quanto ao vínculo jurídico subdivide as modalidades pelo critério da perda ou não da personalidade jurídica das sociedades. Dentre essas distingue as que se sujeitam ao vínculo contratual (cartéis, consórcios co-interesse, cláusulas de exclusividade, agrupamentos temporais, contratos de fornecimento e de financiamento, **grupos - controle externo**, locação) e as que se sujeitam ao vínculo societário (participação acionária, comunidade de lucros, comunidade de interesses, sociedades de empresas, associações sem personalidade jurídica, **grupo - controle interno**). Quanto as que perdem a personalidade jurídica distingue as que se sujeitam ao vínculo societário (fusão, incorporação e cisão) e as que se sujeitam ao vínculo contratual (compra e venda de empresas).

6 Classificação constante da obra de CALIXTO SALOMÃO FILHO in *Direito Concorrencial. As estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 266.

7 *Concentração de Empresas e Direito Antitruste*. 3.ª edição. São Paulo: Atlas, 1997, p. 103.

Fica claro, portanto, que o que muda entre as diferentes formas de concentração é o grau e a natureza da vinculação entre as sociedades, mas o objetivo de todas elas é comum, qual seja, o de tornar mais competitiva e eficiente a gestão empresarial e, via de consequência, maximizar os lucros.

3. A ESTRUTURA SOCIETÁRIA DOS GRUPOS

3.1 Conceito

A noção dos grupos de sociedades envolve, como regra, dois elementos fundamentais: a independência jurídica das sociedades que o constituem e uma direção unitária comum.

Pode-se dizer, então, com base nestes dois elementos que forma-se um grupo de sociedades quando, por meio de participação acionária, ocorre a associação de duas ou mais sociedades que, apesar de conservarem a sua própria personalidade jurídica, submetem-se a uma direção centralizada da sociedade controladora.

JORGE LOBO⁸ conceitua os grupos de sociedades da seguinte forma:

“ O grupo de sociedades é uma técnica de gestão e de concentração de empresas, que faz nascer um interesse novo, externo e superior ao de cada uma das sociedades isoladas, o qual, muitas vezes, não coincide nem com o interesse perseguido pela sociedade dominante nem com os propósitos das sociedades dominadas. As sociedades componentes do grupo, mantendo cada uma personalidade jurídica e patrimônios próprios e autônomos, ao invés de constituírem uma nova entidade econômico-financeira, reúnem-se sob uma única direção, para, somando esforços e valores de várias naturezas, alcançar objetivos comuns, o mais das vezes de difícil consecução pelas sociedades isoladas. Não obstante concentradas em grupo, preservam, em princípio, seu objeto social e seus órgãos diretivos.”

Percebe-se, portanto, que os grupos de sociedade compõem uma **unidade econômica** composta de várias sociedades juridicamente independentes, o que facilita a limitação da responsabilidade. Esta parece ser, aliás, a principal razão para que os grupos de sociedades não tenham uma personalidade jurídica própria⁹, o que seria razoável considerando a existência de interesses¹⁰ e objetivos que transcendem àqueles das sociedades individualmente consideradas.

8 *Direito dos Grupos de Sociedades*. *Revista de Direito Mercantil* n.º 107, p. 103.

9 JORGE LOBO sustenta que os grupos deveriam ser personificados. Enumera que a ausência de uma personalidade jurídica própria facilita eventual lesão aos sócios ou acionistas não controladores de cada uma das sociedades que integram o grupo e dos próprios credores externos. Ob. cit., p. 111.

10 FÁBIO KONDER COMPARATO in *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 302, expõe: “O reconhecimento legal do grupo, mesmo não personalizado, demanda, pois, o estabelecimento de mecanismos jurídicos de adequada compensação

É, portanto, uma forma de expansão da **empresa** diversa da obtida por meio da fusão ou incorporação de sociedades, quando o crescimento ocorre dentro da mesma estrutura societária. Nos grupos a empresa se desenvolve **externamente**, sem os problemas que podem surgir quando a expansão ocorre dentro da mesma estrutura organizacional.

3.2 Os grupos de sociedades no Direito Comparado

O primeiro país a disciplinar os grupos de sociedades foi a Alemanha, conforme noticiam ARNOLDO WALD e NELSON EIZIRIK¹¹. Note-se, a propósito, que a disciplina jurídica dos grupos de sociedade no direito pátrio foi inspirada na Lei Alemã de 1965.

RICARDO AZIZ CRETTON¹² destaca que na lei alemã é estabelecida a distinção entre os **grupos de subordinação** (no qual existe um vínculo contratual entre a sociedade dominante e dominada) e os **grupos de cooperação** (no qual apesar de existir uma direção única não há propriamente uma relação de dependência entre as sociedades). Registra, ainda, que no direito alemão é admitida a existência de **grupos de subordinação de fato**, vale dizer, englobando todos aqueles agrupamentos em que não exista propriamente uma relação contratual formal ou integração societária.

Na França existe a figura jurídica dos *groupements d'intérêt économique*, traduzida na idéia de associação de duas ou mais empresas – sem a adoção de uma forma societária específica – para o desenvolvimento de uma determinada atividade econômica, assemelhando-se, em certa medida, ao consórcio.

Como bem assinala JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA¹³, esses agrupamentos, quando regulados por lei, possibilitam que um grupo de empresas, por meio de uma administração própria, promovam uma cooperação mútua, com obrigações previamente delimitadas e imputáveis ao agrupamento. Cita como exemplos o desenvolvimento de pesquisas em comum, a manutenção de uma frota transportadora e a produção de componentes comuns a todos os integrantes do agrupamento.

Apesar de não se constituir em nova forma societária, estes agrupamentos adquirem personalidade jurídica com o registro do seu contrato.

O agrupamento de colaboração empresarial é adotado na Argentina, encontrando-se

dos interesses particulares, que essa intercomunicação patrimonial, sob direção unitária, é suscetível de lesar; os dos sócios ou acionistas não controladores de cada uma das sociedades do grupo, os de terceiros credores e o da coletividade nacional como um todo. "

11 A Designação grupo de sociedades e a interpretação do art. 267 da Lei das S/A. *Revista de Direito Mercantil*, ano 23, n.º 54, abril/junho de 1984.

12 Grupos de Sociedades. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, vol. VII, p. 3.

13 *Direito Societário*. 6.ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 502/503.

regulado pela Lei n.º 19.550/72, o mesmo ocorrendo com Portugal, que inspirou-se no instituto francês quando criou o agrupamento complementar de empresas.

3.3 Os grupos de sociedades na Lei n.º 6.404, de 15.12.1976

No direito brasileiro, como dito, regulou-se especificamente os grupos de sociedades na Lei das Sociedade Anônimas.

Existe, na legislação pátria, uma dicotomia entre os **grupos de direito e fato**. Os de **direito**, regulados nos artigos 265 a 277, são constituídos com a formalização da relação de controle entre as sociedades, o que se faz por meio de convenção. Já nos **grupos de fato**, regulados nos artigos 243 a 264, as sociedades se relacionam por meio de participação acionária, todas integrando uma mesma organização. Não há, entretanto, um ato que formalize a constituição do grupo.

É preciso, entretanto, aprofundar as diferenças entre estas espécies de grupos.

Nos **grupos de fato** existe o controle de uma sociedade sobre a outra, com o diferencial de que esta relação de controle não é formalizada, tal qual ocorre nos grupos de direito. É o que se infere do disposto no artigo 243, § 2.º, da Lei n.º 6.404, de 15.12.1976, quando esclarece que as **controladas** são aquelas sociedades na qual a **controladora**, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

Note-se, entretanto, que nos grupos de fato, diante da regra constante do artigo 245, não há a possibilidade de uma das sociedades ser prejudicada nos seus interesses ainda que seja para favorecer o interesse do grupo como um todo, podendo ser imputada responsabilização pessoal por perdas e danos aos administradores. RACHEL SZTAJN¹⁴ esclarece:

"A responsabilidade dos administradores dos grupos de fato difere daquela prevista para os grupos de direito, vedando-se seja a companhia prejudicada para favorecer sociedade(s) agrupada(s). Tal como no direito norte-americano impõem-se-lhes zelar para que as operações entre as sociedades observem as condições de comutatividade entre as prestações ou que haja pagamento compensatório adequado."

A administração e a representação das sociedades integrantes do grupo de fato são, como regra, individualizadas e separadas, ou seja, não há uma administração própria do grupo e representativa das demais sociedades, ao contrário do que ocorre nos grupos de direito como adiante se verá.

14 *Contrato de Sociedade e Formas Societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 121.

A sociedade controladora se equipara, em matéria de responsabilidade, ao acionista controlador, sendo facultado aos acionistas, em caso de dano, ajuizar ação visando a reparação dos prejuízos causados pelo controlador (art. 246 da Lei n.º 6.404, de 15.12.1976).

Aos credores é possível, do mesmo modo, a reparação dos danos em face da controladora, recorrendo-se à Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, desde que comprovada fraude à lei, ao estatuto social ou abuso de direito.

Os artigos 247 a 250 da Lei n.º 6.404/76 disciplinam regras sobre as demonstrações financeiras dos grupos de fato, denotando a intenção do legislador em assegurar a maior transparência possível nas relações travadas entre as sociedades coligadas, controladas e controladoras.

Já os **grupos de direito**, como a própria nomenclatura já sinaliza, são aqueles em que as sociedades se relacionam através de convenção formalizada no registro de comércio e na qual se obrigam a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns, consoante dispõe o artigo 265 da Lei n.º 6.404, de 15.12.1976. Somente a sociedade controladora e suas controladas podem constituir tais grupos.

Os grupos devem possuir designação que identifiquem a sua existência, utilizando-se as palavras "grupo" ou "grupo de sociedades", na forma do artigo 267 da Lei das Sociedades por Ações.

Com a sua formação não surge, como visto, uma personalidade jurídica específica do grupo, mantendo cada uma das sociedades que o integram capital e patrimônio próprio. No entanto, consigna-se uma relação de subordinação, com o grupo se submetendo a uma direção única, comandada pela sociedade controladora. A convenção deve definir a estrutura administrativa do grupo, podendo criar órgãos de deliberação colegiada (art. 272 da Lei de S/A).

O artigo 269 da Lei n.º 6.404/76 estabelece os elementos que deverão estar contidos na convenção, devendo, dentre outros requisitos, prever as condições de participação das diversas sociedades e a relação entre elas.

Na convenção poderá ser consignada a possibilidade da controladora favorecer uma determinada sociedade em detrimento da outra (art. 276 da Lei de S/A). Ao contrário do que ocorre nos grupos de fato, os administradores do grupo poderão, nos limites da convenção, perseguir o interesse do grupo ou subordinar os interesses de uma sociedade aos de outra, o que pode acarretar, eventualmente, prejuízo para uma de suas sociedades integrantes.

Decorre daí que, uma vez pactuado na convenção, não poderão os sócios minoritários acionar o controlador visando reparação de qualquer dano.

Diante do arcabouço legal exposto, pode-se notar que o tratamento, sob o aspecto jurídico, conferido aos grupos de fato e de direito é totalmente diverso, ainda que ambos, enquanto fenômeno econômico, produzam as mesmas conseqüências.

Esta dicotomia, nos países em que foi adotada, não se revelou como uma solução satisfatória, conforme relata JOSÉ ANTUNES¹⁵.

De fato, não parece lógico e razoável que conseqüências jurídicas tão díspares estejam ligadas unicamente a questão da formalização da relação de controle, mormente quando se sabe que nos grupos de fato se mostram presentes a independência jurídica das sociedades e a unidade de direção que são, como visto, os elementos fundamentais que definem os grupos de sociedades.

4. OS GRUPOS DE SOCIEDADES E OS CONTROLES PREVENTIVO E REPRESSIVO EXERCIDOS PELO CADE

4.1 A livre concorrência na Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 adotou a **livre iniciativa** como um dos princípios estruturantes do estado brasileiro (art. 1.º, IV). O princípio revela a opção do constituinte pelo modo de produção privado, sendo dele decorrente a liberdade de iniciativa econômica e a **livre concorrência**, prevista expressamente no artigo 170, IV, da CF.

A idéia de livre concorrência significa a liberdade de exercer uma atividade econômica em um ambiente de competição, o que acarreta, em última análise, benefícios para o consumidor, seja em relação a qualidade do produto ou serviço, seja em relação aos próprios preços. Além do mais, por meio da concorrência, as empresas se tornam mais competitivas, tendo que se aprimorar do ponto de vista tecnológico e procurar sempre reduzir os seus custos, o que proporciona benefícios para o consumidor.

Trata-se, portanto, de um valor que deve ser preservado, cabendo ao Estado interferir quando os agentes econômicos atuarem de modo indevido e buscarem exercer o poder de maneira abusiva. Se o mercado passa a ser dominado por uma minoria, sem que haja efetiva fiscalização estatal (modelo do Estado Liberal), a tendência é o aumento dos preços dos bens, a redução das alternativas dos consumidores e a estagnação tecnológica.

Adverta-se, contudo, que a concorrência não é um valor em si mesmo a ser perseguido em todas as situações. Ao contrário, deve ser entendida como um **meio** para se alcançar outros valores, conforme se extrai do próprio *caput* do artigo 170 da Constituição Federal que indica como finalidade da ordem econômica "*assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*".

¹⁵ Apud LOBO, Jorge. Ob. cit., p. 121.

A própria sistemática adotada na legislação vigente, como se verá adiante, permite que a concorrência seja sacrificada em prol de outros interesses e objetivos, tal qual ocorre no Direito Comunitário Europeu, que, na mesma linha, adotou a idéia de concorrência como instrumento¹⁶.

À tutela da livre concorrência está atrelada a idéia de repressão ao abuso do poder econômico, posto que se algum agente econômico passa a usar abusivamente este poder é dever do Estado interferir, na linha do artigo 173, § 4.º, da Constituição Federal, que disciplina que "a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros."

Note-se que não há nenhum óbice ao exercício do poder econômico que é, afinal, inerente à própria noção de livre concorrência. O que o legislador constituinte pretendeu sinalizar é que o poder econômico não pode ser utilizado abusivamente, visando dominar os mercados, eliminar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros.

Dentro deste quadro, o ente estatal a quem compete exercer estas relevantes atribuições é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (autarquia), criado pela Lei n.º 4.137/62 e responsável pelo controle e repressão ao abuso do poder econômico. A Lei n.º 8.884 de 11.06.1994 é o principal diploma legal sobre a matéria, dispondo sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

A legislação pátria de defesa da concorrência estabelece, portanto, duas formas de atuação estatal em matéria de defesa da concorrência: o controle **preventivo** e o controle **repressivo**. O primeiro busca atuar nas próprias estruturas de mercado, ao passo que o segundo atua na repressão às condutas praticadas pelos agentes e que configurem infração à ordem econômica.

É preciso, portanto, analisar as duas formas de controle, bem como a sua repercussão nos grupos de sociedades econômicas.

4.2 O Controle Preventivo das Estruturas de Mercado

O controle **preventivo** engloba a análise de todo e qualquer ato que possa de qualquer forma limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes, estando previsto no artigo 54 da Lei n.º 8.884 de 11.06.94, que é, à evidência, a norma legal norteadora de todo controle preventivo exercido pelo CADE.

16 JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA in *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 42, afirma: "No direito comunitário, outrossim, evidencia-se que a concorrência é um instrumento para se atingir os fins da ordem econômica, sendo que, quando ela, a concorrência, não for o melhor instrumento para a obtenção do resultado previsto, deixará de ser protegida, deixará de ser defendida, naquele caso específico, tudo com vistas a, de outra maneira, obter êxito na consecução dos fins previstos na referida ordem econômica. O próprio Tratado de Roma, no art. 85, § 3.º, estabelece critérios para esse afastamento do primado da defesa da concorrência, critérios esses que, posteriormente, foram particularizados por diversos regulamentos da Comissão Europeia, instituindo as chamadas isenções por categorias."

Normalmente os atos que se sujeitam a este controle preventivo são aqueles que envolvam qualquer espécie de **concentração econômica**, conforme prescreve o próprio § 3.º do citado artigo 54. Sabendo-se, como visto, que os grupos de sociedades são formas de concentração empresarial pode-se concluir que a norma lhes é plenamente aplicável.

A idéia básica do controle preventivo incidente sobre as estruturas de mercado é evitar que os atos de concentração econômica acarretem um aumento do poder de mercado dos agentes envolvidos, possibilitando, assim, que este poder seja usado **abusivamente**. A principal consequência deste abuso do poder de mercado seria a perda da eficiência e do bem-estar econômico, acarretando, por exemplo, aumento dos preços ou perda da qualidade do produto.

Este controle preventivo é calcado no modelo ECD (Estrutura – Conduta – Desempenho), oriundo da doutrina econômica¹⁷, e que, em apertada síntese, se traduz na idéia de que as estruturas de mercado é que determinam a prática de determinadas condutas dos agentes econômicos, repercutindo, via de consequência, no desempenho da empresa e do próprio mercado.

Exemplifica-se: se em um determinado segmento de atividade econômica existem poucas empresas ofertantes, maior é a probabilidade de que as suas condutas sejam concertadas visando o aumento dos seus lucros, provocando assim uma redução do bem-estar econômico do consumidor, que fica com a suas alternativas de escolha reduzidas. É claro que o exemplo parte de uma premissa que na prática nem sempre se revela verdadeira, já que um ato de concentração pode eventualmente produzir mais benefícios do que malefícios ao bem-estar econômico.

Tanto isto é verdade que o próprio artigo 54 da Lei n.º 8.884/94 estabeleceu, nos seus parágrafos primeiro e segundo, a possibilidade do CADE autorizar atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência desde que presentes as condições previstas nos citados parágrafos da norma que propiciarão bem-estar econômico.

17 LUCIA HELENA SALGADO in *A Economia Política da Ação Antitruste*. São Paulo: Singular, 1997, p. 28, menciona a origem do modelo: "A base intelectual para a análise de estrutura, conduta e desempenho (modelo e-c-d ou de poder de mercado, na denominação de Williamson, 1983) foi proporcionada pelo trabalho de Joe Bain nos anos 50 sobre barreiras à entrada (1956). Pouco depois, em 1959, foi publicada a aplicação do conceito à análise antitruste por Carl Kaysen e Donald Turner (1959) no tratado que se tornou o marco fundamental da literatura modelo e-c-d em antitruste. Os argumentos econômicos foram ganhando proeminência na análise antitruste realizada pelos tribunais por sua objetividade, concisão e clareza, em oposição a conceitos mais fluidos, próprios da doutrina legal. O modelo básico de organização industrial foi concebido na década de 30 em Harvard por Edward S. Mason (1939 e 1949) e consiste no seguinte: *Condições básicas de oferta e demanda* (de um lado matérias-primas, tecnologia, durabilidade do produto, arcabouço legal, cultura empresarial, relações trabalhistas, etc., e, de outro lado, elasticidade de demanda, taxa de crescimento do mercado, produtos substitutos, sazonalidade, etc.) afetam a *estrutura do mercado*, caracterizado pelo número e tamanho das empresas, barreiras à entrada, formato das curvas de custo, grau de integração vertical, diversificação, etc. Da estrutura de mercado, por sua vez, depende a *conduta das firmas*, em termos das práticas, cooperação interfirmas aberta ou tácita, políticas de preços, estratégias de propaganda e de lançamento de produtos, investimento, gastos em pesquisa e desenvolvimento, etc. Finalmente, resulta da conduta das firmas o seu *desempenho no mercado*."

De fato, seria inadmissível que a legislação fosse tão rígida ao ponto de vedar, de pronto, qualquer ato restritivo da concorrência, ainda que benéfico ao bem-estar econômico, obstruindo, por exemplo, eventuais ganhos de escala, de desenvolvimento tecnológico ou mesmo de crescimento da indústria nacional.

É preciso, deste modo, que a análise seja feita caso a caso e dentro de determinado contexto econômico e social. Esta possibilidade de ponderação, levando em conta os possíveis benefícios auferidos com o ato restritivo da competição, é adotada na maior parte das legislações que tratam da defesa da concorrência, sendo variável apenas a técnica adotada.

Portanto, poderá o CADE concluir que determinada operação comercial, ainda que restritiva da livre concorrência, produzirá eficiências econômicas que justificam e compensam a redução da competição. Neste sentido é a lição de GESNER OLIVEIRA¹⁸:

“Nas hipóteses em que, após a análise das condições de entrada no mercado relevante, se constante limitação ou prejuízo à livre concorrência, deve ser feita a análise pormenorizada das eficiências, podendo ser aprovada a operação quando se constatarem, nos termos do parágrafo 1.º do art. 54, eficiências compensatórias.”

É necessário, entretanto, que os benefícios destas eficiências compensatórias sejam repartidos com os consumidores, na forma do que dispõe o inciso II do § 1.º do artigo 54 da Lei n.º 8.884/94.

Ultrapassado o breve exame da essência do controle preventivo das estruturas de mercado, torna-se indispensável verificar a sua repercussão específica nos grupos de sociedades.

O *caput* do artigo 54 da Lei n.º 8.884/94 não estabelece qualquer distinção subjetiva em razão do agente econômico, mencionando que todos os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou, ainda, resultar na dominação de mercados relevantes, deverão ser submetidos à apreciação do CADE para fins de controle prévio²⁰.

18 PAULA A. FORGIONI, ob. cit., p. 182 sintetiza as principais técnicas utilizadas: “Tanto a regra da razão quanto as isenções e autorizações são técnicas destinadas a viabilizar a realização de uma determinada prática, ainda que restritiva da concorrência, afastando-se barreiras legais à sua concretização. (...) O afastamento das barreiras legais a uma determinada prática restritiva da concorrência dá-se, geralmente: (I) na tradição norte-americana, lançando-se mão da chamada *rule of reason* (regra da razão), (II) na tradição do direito comunitário, mediante a concessão de isenções; e (III) no sistema adotado pelo diploma antitruste brasileiro de 1994, mediante a concessão de autorizações.”

19 **Concorrência. Panorama no Brasil e no Mundo.** São Paulo: Saraiva, 2001, p.26.

20 O juízo acerca do ato ser limitador da concorrência ou provocador de uma dominação de mercados e, portanto, passível de apreciação pelo CADE, é do próprio agente que pratica o ato.

O § 3.º do artigo 54 da Lei n.º 8.884/94, detalhando a regra geral, especifica algumas formas de concentração econômica que devem se sujeitar ao controle prévio. Transcreva-se a norma:

“§ 3.º – Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).”

A interpretação da referida norma permite extrair algumas conclusões. A primeira é que a referida enumeração é meramente exemplificativa, não tendo o legislador pretendido esgotar todas as formas de concentração econômica. A segunda é a de que os critérios objetivos previstos, tais como o percentual de 20% (vinte por cento) de participação no mercado relevante ou o faturamento bruto anual no último balanço de qualquer dos participantes equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), **obrigam** que as operações societárias descritas sejam submetidas ao exame do CADE independentemente de constituírem limitação da concorrência ou dominação de mercados²¹.

Partiu-se de uma presunção – que não é evidentemente absoluta – de que os critérios objetivos mencionados na norma pressupõem uma situação²² potencialmente ensejadora de limitação da concorrência e de domínio de mercados.

Sublinhe-se, por oportuno, que de acordo com o *caput* do citado artigo 54, qualquer ato que limite a concorrência deve ser submetido ao CADE, independentemente dos valores e critérios estabelecidos no § 3.º.

Os grupos de sociedade, como visto, foram expressamente mencionados no § 3.º do artigo 54 da Lei n.º 8.884/94, que, ao se reportar aos agrupamentos societários,

21 Esta é a posição do CADE, conforme se verifica do Ato de Concentração n.º 13: “Configuradas as hipóteses do art. 54, *caput* e § 3.º, da Lei n.º 8.884/94, devem os interessados submeter o ato de concentração à apreciação do CADE, ao qual compete avaliar se o agrupamento societário representará ofensa à livre concorrência ou dominação do mercado. Trata-se de obrigação cogente e objetiva.” Apud FRANCESCINI, José Inácio Gonzaga **Direito da Concorrência Case Law.** São Paulo: Singular, 2000, p. 55.

22 JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA in **Lei de Proteção da Concorrência. Comentários à Lei Antitruste.** Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.150, critica o dispositivo legal: “Importante, posto que discutível, é o elemento quantitativo trazido pela redação original e modificado, para nível mais restrito, na alteração introduzida pela Medida Provisória n.º 542, de 1994. O percentual de 20% (vinte por cento) é rigoroso e o valor do faturamento tomado como parâmetro é aleatório. Tais parâmetros deveriam ser deixados a critério do CADE, na apreciação do caso concreto, à luz dos princípios legais e dos princípios gerais e específicos que regem a matéria.”

englobou tanto os grupos de fato (sociedades coligadas, controladoras e controladas), como os de direito, formalmente constituídos²³.

A idéia de agrupamento societário pressupõe como elemento fundamental, para fins concorrenciais, um **centro decisório único**. Este comando unificado ocorre em função dos objetivos serem comuns entre as diversas sociedades. Pouco importa que apresentem personalidades jurídicas distintas, sendo relevante para fins concorrenciais, repita-se, a unificação do poder decisório.

Se a operação ocorre sem alteração do comando decisório, não há concentração, inexistindo em consequência a produção de efeitos no campo da defesa da concorrência, conforme já decidiu o CADE²⁴:

"Integração Vertical. Aquisição de totalidade de capital social de empresa vendedora de insumos. Adquirente já detinha originalmente o controle da empresa adquirida. Não se verifica alteração no comando de centros decisórios. Não há reflexos no desenho ou na dinâmica da concorrência no mercado. Não se enquadra no caput do art. 54 da Lei n.º 8.884/94 e não estão presentes os pressupostos de conhecimento do parágrafo 3.º."

Aliás, é uníssona a jurisprudência do CADE no sentido de que a mera reestruturação societária no mesmo grupo econômico prescinde de submissão prévia ao ente estatal. Neste sentido disciplinam os Atos de Concentração n.ºs 04, 09 e 24 do CADE²⁵.

Logo, o grupo de sociedades deve ser encarado como uma **unidade**, com o seu poder de mercado sendo examinado dentro de uma determinada estrutura. De nada adianta uma empresa ser juridicamente distinta da outra se não tem o poder de ditar o seu próprio comportamento no mercado de forma autônoma. Confira-se, a esse respeito, o voto da Conselheira LÚCIA HELENA SALGADO proferido no Ato de Concentração n.º 18 do CADE²⁶:

"Tais argumentos já foram, por vezes, debatidos nesse Plenário e não há como negar que a posição do CADE é cristalina: não há interpretação"

23 FÁBIO ULHOA COELHO in **Direito Antitruste Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 127, acrescenta: "Ao se referir a qualquer forma de agrupamento, a lei antitruste pretendeu abarcar, no art. 54, § 3.º, não só o grupo de sociedades, disciplinado nos art. 265 e seguintes da Lei n.º 6.404/76. Também se subsume à previsão legal, entre outras, a figura, desconhecida de nosso direito positivo, mas compatível com este e bastante freqüente em direitos estrangeiros, do **agrupamento complementar de empresa**. Trata-se da sociedade constituída para a prestação de determinados serviços do interesse comum das sociedades que a constituíram, serviços normalmente relacionados com atividades-meio das empresas associadas. Em geral, o agrupamento complementar presta serviços apenas ao seus próprios sócios, podendo por isso servir de instrumento à prática de infração contra a ordem econômica."

24 **Ato de Concentração n.º 55/95**, Relatora Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva. Publicado no DOU de 05.11.1997, p. 25.083.

25 *Apud* FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Ob. cit., pp. 47, 53 e 77.

26 *Apud* FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Ob. cit., p. 61.

diferente da Lei de que para a defesa da concorrência não existe a presença só da empresa enquanto ente jurídico ou de grupos de empresas como unidades juridicamente independentes. O que importa é o grupo em toda a sua extensão, a razão para isso é apreender o poder de mercado existente ou potencial decorrente do aporte financeiro, ou seja, do poder econômico do grupo." (grifos nossos)

Outro aspecto importante a assinalar é o atinente ao **controle** das sociedades em matéria da defesa da concorrência. Com efeito, nesse campo, a dimensão do controle pode ganhar contornos distintos do conceito tradicional do direito societário. Isto porque pode ser admissível a existência de controle quando uma empresa exerce **influência** acerca das decisões da outra a ponto de determinar o seu comportamento em um mercado específico.

A noção de **influência dominante** está consagrada em diversas legislações estrangeiras, ao contrário do que ocorre na legislação pátria, que não estabeleceu expressamente esta figura jurídica. É uma expressão bastante utilizada pela doutrina, inclusive no exame de questões societárias. CALIXTO SALOMÃO FILHO²⁷ define a sua abrangência:

"Como ressalta F. K. Comparato, essa expressão foi utilizada pela primeira vez em sede legislativa na lei acionária alemã de 1937 e repetida na lei de 1965. Em ambas as ocasiões o que se pretendeu foi incluir na previsão legal hipóteses em que o controle não decorre da existência de uma posição majoritária interna. A expressão engloba, portanto, de um lado, as hipóteses de controle minoritário interno e até mesmo de controle gerencial, e de outro, aquelas de controle externo. Nesse último caso a noção de influência dominante engloba tanto os casos de controle de direito quanto de fato. É exatamente essa sua excessiva amplitude que gera as maiores críticas doutrinárias. Afirma-se que o conceito societário de influência dominante é excessivamente abrangente para ter qualquer utilidade aplicativa."

Registre-se, no entanto, que a importância do conceito ganha relevo no plano da defesa da concorrência, que poderá, por meio dos seus órgãos e entes, examinar se a influência de um agente econômico sobre o outro está proporcionando alteração nas estruturas de mercado e, por conseguinte, concentração empresarial danosa à livre concorrência. Mais uma vez é CALIXTO SALOMÃO FILHO²⁸ que esclarece:

"Daí por que a expressão influência dominante quando utilizada pelo direito concorrencial é identificada ao poder de influir sobre o planejamento empresarial do outro agente econômico. Essa noção é, ao mesmo tempo, mais ampla e mais restrita que a noção societária."

27 **O Novo Direito Societário**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 217.

28 Ob. cit., p. 218.

O que importa, portanto, são os efeitos econômicos no comportamento do mercado produzidos por uma situação que possa externar controle de um agente econômico sobre outro, ainda que este controle seja decorrente de um poder de fato. Em verdade, a simples potencialidade desta influência pode ter conseqüências sob a ótica concorrencial.

Fica evidenciado, na linha do que já foi dito, que para o Direito da Defesa da Concorrência as formas jurídicas²⁹ não se configuram no aspecto mais relevante a ser ponderado, conforme bem anotou VIVIANE MULLER PRADO³⁰:

"Portanto, a realidade das formas, importante no direito societário, é levada a segundo plano no direito da concorrência, o que não implica na desconsideração dos conceitos e das regras do direito societário, devendo apenas adaptá-los para os seus escopos específicos."

Assim, o principal objetivo do Direito da Defesa da Concorrência é a análise da repercussão econômica que as operações comerciais possam acarretar no comportamento dos mercados, sempre com vistas à busca do bem-estar econômico a satisfazer, em última análise, os consumidores.

4.3 O Controle Repressivo das Infrações Contra a Ordem Econômica

O controle repressivo, como já consignado, incide sobre as **condutas** dos agentes econômicos, visando puni-los quando é praticada qualquer infração à ordem econômica, traduzida aqui no abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros tal qual assentado na Constituição Federal (art. 173, § 4.º).

O cerne deste controle está previsto nos artigos 20 e 21 da Lei n.º 8.884/94, que merecem, necessariamente, interpretação conjunta. Explica-se: o artigo 21 estabelece uma série de condutas³¹ tipificadas como infração da ordem econômica. No entanto, para que isso ocorra é indispensável que estas condutas acarretem um dos **efeitos** previstos no artigo 20, a saber: a-) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; b-) dominar mercado relevante de bens ou serviços; c-) aumentar arbitrariamente os lucros, d-) exercer de forma abusiva a posição dominante.

29 O voto da Conselheira Lúcia Helena Salgado, no Ato de Concentração n.º 06 do CADE retrata esta visão: "Tanto no controle de estruturas como em condutas prescindiu o legislador da formalidade do ato, alcançando a norma, portanto, todo e qualquer ato independentemente da forma por ele revestida; prescindiu da forma para que o aplicador da norma, verificando efeitos - atuais ou potenciais - adversos para o mercado advindos do ato, decida por sua ilicitude. Vê-se, pois, que a ilicitude do ato reside em seus efeitos e não na forma eleita para sua apresentação." Apud FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Ob. cit., p.49.

30 **Noção de Grupo de Empresas para o Direito Societário e para o Direito Concorrencial.** Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais n.º 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

31 A enumeração das condutas não é taxativa podendo, portanto, existir outras condutas que não foram expressamente previstas na norma. É o próprio *caput* do artigo que permite inferir esta conclusão ao mencionar a expressão "além de outras". Confira-se: "As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam

Logo, as condutas descritas nos diversos incisos do artigo 21 somente poderão ser caracterizadas como infração da ordem econômica na medida em que restar comprovado que do ato praticado decorreu algum dos efeitos previstos no artigo 20, conforme, aliás, prevê expressamente o próprio *caput* do artigo 21.

Outro ponto a ser destacado é que, para a caracterização do ato como sendo violador da ordem econômica, não há necessidade da comprovação do elemento culpa, consoante dispõe expressamente o *caput* do artigo 20 ao estabelecer que "*constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não alcançados*".

A norma apresenta-se em coerência com todo o sistema de defesa da concorrência, que, como visto, busca a verificação dos possíveis efeitos danosos ao livre mercado que possam advir da conduta empresarial praticada. Daí se desconsiderar o elemento culpa, que não precisa ser comprovado para ficar caracterizada conduta tipificada como infração da ordem econômica, sujeitando-se os agentes infratores às penalidades previstas nos artigos 23, 24 e 25 da Lei n.º 8.884/94³².

A questão envolvendo os grupos de sociedades e os atos por eles praticados que se enquadrem como infrações da ordem econômica não passou despercebida pelo legislador, que estabeleceu a **responsabilidade solidária** entre todos os integrantes do grupo, na forma do disposto no artigo 17 da Lei n.º 8.884/94, *verbis*:

"Art. 17 - Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica."

A responsabilização solidária dos integrantes do grupo econômico se encontra alinhada com a lógica do Sistema de Defesa da Concorrência. Com efeito, sabendo-se que o grupo de sociedades é encarado, para fins concorrenciais, como uma **unidade**, nada mais razoável do que estabelecer a solidariedade nas obrigações que cada um dos seus integrantes assume. PAULA A. FORGIONI³³ esclarece:

infração da ordem econômica." Ainda que não fosse tão explícita a natureza exemplificativa da enumeração, fato é que seria impossível ao legislador prever todas as condutas possíveis de serem caracterizadas como infrações da ordem econômica.

32 As penalidades englobam as multas, a publicação em jornal indicado na decisão, a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitações em todas as esferas da Administração Pública, a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, a recomendação para que os órgãos públicos competentes concedam licença compulsória de patentes de titularidade do infrator e para que não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos, a cisão da sociedade, a transferência de controle acionário, venda de ativos e cessação parcial de atividades.

33 Ob. cit., p.142.

"No que tange à responsabilidade da empresa-mãe pelos atos das controladas, o art. 17 da Lei n.º 8.884/94 consolidou a tradição européia de responsabilizar também a parent company por atos de suas subsidiárias, valendo-se da construção doutrinária da unique economic entity. Considera-se, então, as empresas integrantes de um grupo econômico como mesmo ente, para fins de aplicação da Lei Antitruste."

Segundo JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA³⁴, o objetivo da solidariedade entre as sociedades integrantes do grupo econômico é garantir maior segurança na aplicação da norma, evitando que sob o manto do grupo se violem os valores protegidos pela lei antitruste. Tanto isto é verdade que o legislador fez questão de incluir na norma os grupos de fato, mostrando que para os fins da defesa da concorrência a ausência da constituição formal do grupo não produz maiores conseqüências.

JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI³⁵, em linha de raciocínio oposta, interpreta a norma com algumas ressalvas. Confira-se:

"O princípio da solidariedade do grupo ou consórcio empresarial constitui o fenômeno da despersonalização da pessoa jurídica. Inicialmente aplicado às relações laborais, quando mereceu largos encômios pela proteção conferida aos hipossuficientes, no campo do Direito da Concorrência sua adoção merece reservas, dada a natureza repressiva do Direito Penal Econômico."

É-lhe hierarquicamente superior, indubitavelmente, o princípio constitucional da intransmissibilidade das penas (art. 5.º, inciso XLV, da Carta Magna), pelo qual a pena é pessoal, individuada e intransferível."

A crítica se alinha com o pensamento do autor, que entende o Direito da Defesa da Concorrência como integrante do ramo Direito Penal-Econômico³⁶; daí a incidência da norma constitucional.

No entanto, em que pese o entendimento do ilustre autor, creio não ser aplicável a referida norma constitucional, já que o Direito da Defesa da Concorrência, a meu ver, integra o ramo do **Direito Econômico**, entendido este como o ramo do Direito que engloba as diferentes formas de intervenção do Estado na economia, sendo a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência uma destas formas. A própria sistemática adotada pela Lei n.º 8.884/94 afasta o enquadramento no ramo do

34 Ob. cit., p. 83.

35 **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 40.

36 Confira-se o entendimento do autor: *"O Direito da Concorrência pode ser entendido como o ramo do Direito Penal-Econômico que disciplina as relações de mercado entre os agentes econômicos e os consumidores, tutelando-lhes, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa, em prol da coletividade."* Ob. cit., p. 08.

Direito Penal-Econômico, já que não há uma correlação entre pena e infração (tipicidade), existindo, ao revés, discricionariedade do CADE na aplicação das sanções, o que denota a natureza administrativa das penalidades.

5. CONCLUSÃO

Em vista de todo o exposto, pode-se sintetizar as principais conclusões:

- a-) a concentração empresarial é um fenômeno essencialmente econômico e que pode ser exteriorizado sob diferentes formas jurídicas; o grupo de sociedades é uma delas;
- b-) para fins de defesa da concorrência, o que importa na concentração empresarial é a verificação do seu impacto nas estruturas de mercado. Daí não se poder afirmar, *a priori*, se a concentração é maléfica ou benéfica;
- c-) os dois principais elementos caracterizadores da existência do grupo de sociedades são: a independência jurídica das sociedades que o constituem e uma direção unitária comum e centralizada;
- d-) o direito brasileiro, inspirado no direito alemão, adotou a dicotomia entre grupos de fato e de direito, sendo a principal diferença que nos grupos de direito a relação de controle e a relação entre as próprias sociedades são formalizadas em convenção, muito embora os elementos mencionados na alínea "a" se encontrem, do mesmo modo, presentes nos grupos de fato;
- e-) as conseqüências jurídicas são diversas em se tratando de grupos de fato e de direito, podendo-se mencionar, a título de exemplo, a possibilidade da sociedade controladora poder fazer valer o interesse do grupo, ainda que em detrimento do interesse de uma sociedade integrante do grupo. O mesmo não ocorre com os grupos de fato, gerando, inclusive, responsabilidade para os administradores;
- f-) o tratamento legal diferenciado para os grupos de fato e de direito não se justifica, já que, do ponto de vista econômico, as conseqüências e os resultados são os mesmos. Esta dicotomia não se mostrou satisfatória, conforme demonstra a experiência internacional;
- g-) os grupos econômicos, por representarem forma de concentração empresarial, merecem tratamento especial do Direito da Defesa da Concorrência, cabendo ao Estado, nos limites da sua legítima e constitucional intervenção no domínio econômico, reprimir eventual abuso do poder econômico (art. 173, § 4.º, da CF) que possa decorrer da formação destes grupos;
- h-) em matéria de controle preventivo exercido pelo CADE, os grupos de sociedades, assim como as demais modalidades de concentração, se submetem ao regramento e aos critérios previstos no artigo 54 da Lei n.º 8.884/94. O controle preventivo das estruturas de mercado é calcado no modelo econômico ECD (Estrutura - Conduta - Desempenho);

i-) para fins concorrenciais o que importa é a verificação de centralização do poder decisório do grupo, sendo examinado pelo CADE o poder econômico do grupo como um todo, ou seja, considerando a sua atuação dentro do mercado como a de um único agente econômico;

j-) as formas jurídicas não são o principal objeto de preocupação do Direito da Defesa da Concorrência. O seu objetivo principal é a verificação dos efeitos econômicos nas estruturas de mercado; daí a possibilidade de examinar, por exemplo, se uma sociedade está sendo, no plano fático, controlada por outra, ainda que esta relação de controle não esteja formalmente constituída.

l-) em matéria de controle repressivo, a responsabilidade das sociedades que integram o grupo é solidária, na forma do que dispõe o artigo 17 da Lei n.º 8.884/94. A norma segue a lógica própria do Sistema de Defesa da Concorrência. Se o grupo atua com base em um único centro decisório, que dita o comportamento das demais sociedades no mercado, nada mais correto do que se atribuir solidariedade entre elas quando qualquer uma praticar uma infração contra a ordem econômica.

6. BIBLIOGRAFIA

- AZIZ CRETTON, Ricardo. Grupos de Sociedades. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, Vol. VII, 2001.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 6.ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BULGARELLI, Waldirio. 3.ª edição. Concentração de Empresas e Direito Antitruste. São Paulo: Atlas, 1997.
- CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. Responsabilidade Civil Concorrencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CARVALHO, Nuno T. P. As Concentrações de Empresas no Direito Antitruste. São Paulo: Resenha Tributária, 1995.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Direito Antitruste Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1995.
- COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino. Lei de Proteção da Concorrência. Comentários à Lei Antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- FONSECA, José Júlio Borges. Direito Antitruste e Regime das Concentrações Empresariais. São Paulo: Atlas, 1997.
- FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Direito da Concorrência *Case Law*. São Paulo: Singular, 2000.

_____. Introdução ao Direito da Concorrência. São Paulo: Malheiros, 1996.

LOBO, Jorge. Direito dos Grupos de Sociedades. Revista de Direito Mercantil n.º 107.

OLIVEIRA, Gesner. Concorrência. Panorama no Brasil e no Mundo. São Paulo: Saraiva, 2001.

PRADO, Viviane Muller. Noção de Grupo de Empresas para o Direito Societário e para o Direito Concorrencial. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais n.º 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

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

SALGADO, Lucia Helena. A Economia Política da Ação Antitruste. São Paulo: Singular, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. O novo Direito Societário. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Direito Concorrencial. As estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998.

STAJN, Rachel. Contrato de Sociedade e Formas Societárias. São Paulo: Saraiva, 1989.

WALD, Arnoldo e EIZIRIK, Nelson. A Designação grupo de sociedades e a interpretação do art. 267 da Lei das S/A. Revista de Direito Mercantil, ano 23, n.º 54. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.