

Competição global

O sistema brasileiro de defesa da concorrência & Os atos de fusão, incorporação & cisão à luz da lei brasileira

Luiz Guerra*

Introdução

O presente artigo científico tem por objetivo apresentar ao leitor o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência Brasileiro (SBDC) através da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

Este trabalho indicará, pontualmente, como se dão, como se desenvolvem e como se aprovam ou se rejeitam os atos de concentração econômica, no Brasil, através do processamento dos atos de fusão, incorporação, cisão e compra e venda de ativos perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) à luz da Lei Antitruste Brasileira em momentos de competição global e mundialização de mercados.

O artigo procurará seguir uma lógica estrutural visando facilitar a compreensão da lei antitruste nacional e dos seus desdobramentos no caso específico ou pontual de ocorrência de ato de concentração econômica de mercado.

O sistema brasileiro de defesa da concorrência no Brasil

No Brasil, os atos de fusão, incorporação e cisão de sociedades empresárias e compra e venda de ativos empresariais são regulados pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 – que criou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), com aplicação subsidiária do Código Civil.

* Professor Titular de Direito Comercial & Empresarial da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília - UNICEUB

A Lei nº 12.529/2011 – que regulou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) também é conhecida e denominada, no Brasil, de Lei Antitruste.

A referida lei dispõe sobre a análise dos atos de concentração de mercado, a exemplo de fusão, incorporação e cisão de empresas, além de tratar da prevenção e da repressão às infrações contra a ordem econômica.

A finalidade da Lei nº 12.529/2011 foi estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e também prevenir e combater as infrações contra a ordem econômica. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência orienta-se pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Esses ditames são princípios constitucionais e estão insculpidos no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica (artigo 170 – *caput* e incisos I, IV, V e VIII), na Constituição Federal de 1988. Esses princípios orientadores regem, de modo geral, o exercício da atividade econômica no Brasil e devem ser respeitados, sob pena do infrator sofrer sanções de natureza administrativa, civil e/ou penal.

A Lei orientadora do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, conforme estabelece o seu artigo 2º, aplica-se, *sem prejuízo de convenções e tratados de que o Brasil seja signatário, às práticas ou atos cometidos no todo ou em parte no território brasileiro ou que nel produzam ou possam produzir efeitos.*

Para os efeitos da Lei nº 12.529/2011, considera-se domiciliada no território nacional a sociedade empresária estrangeira que opere, desenvolva atividade ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante legal.

Em complemento ao princípio da territorialidade, indica a Lei nº 12.529/2011, que a sociedade estrangeira que praticar o ato no Brasil ou que no Brasil possa produzir efeitos será notificada e intimada de todos os atos processuais previstos na legislação brasileira, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária,

na pessoa do agente ou representante legal ou pessoa responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil. Nessa linha de orientação, a legislação brasileira evita a notificação ou a intimação no exterior, no país de origem da sociedade empresária estrangeira, via Carta Rogatória, imprimindo-se, dessa forma, celeridade no processamento dos atos de concentração de mercado e atos infracionais, se ou quando for o caso.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é formado por 2 (duas) entidades distintas, a saber:

a) o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) - que na estrutura da Administração Pública Federal tem natureza jurídica de autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça - constituindo-se, na atualidade, de verdadeiro Tribunal Administrativo; e

b) a Secretaria de Acompanhamento Econômico vinculada ao Ministério da Fazenda.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é constituído pelos seguintes Órgãos:

- a) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica;
- b) Superintendência-Geral; e
- c) Departamento de Estudos Econômicos.

Compete ao Tribunal Pleno do CADE, dentre outras atribuições:

- I. zelar pela observância da Lei nº 12.529/2011, o seu Regulamento e o Regimento Interno;
- II. decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas na Lei nº 12.529/2011;
- III. apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral;
- IV. apreciar os processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma da Lei nº 12.529/2011, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração; e
- V. decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos.

Em complementação às competências estabelecidas para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a Secretaria de Acompanhamento Econômico tem competência para promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade, cabendo-lhe, dentre outras, as seguintes atribuições:

- I. opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas;
- II. elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo CADE, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou Órgão que vier a sucedê-lo; e
- III. manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos Órgãos envolvidos.

Ademais, vale ressaltar que a Lei nº 12.529/2011, no seu artigo 48, regula procedimentos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica, a saber:

- I. procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;
- II. inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;
- III. processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica;
- IV. processo administrativo para análise de ato de concentração econômica;
- V. procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica; e
- VI. processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais.

Por fim, cabe dizer que no Brasil, o Ministério Público Federal também tem atuação perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com atribuição pontual de emissão de pareceres nos processos administrativos de atos de concentração econômica e imposição de sanções por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator, sem prejuízo da instauração de inquérito policial e patrocínio de ação penal.

Ato de concentração econômica de mercado no Brasil

O processo administrativo no Controle de Atos de Concentração Econômica se dá mediante a comunicação e a protocolização do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, formulado pelas partes interessadas, como prevê o artigo 53, da Lei nº 12.529/2011.

A comunicação e o pedido de aprovação do ato de concentração econômica deverá indicar cumulativamente as hipóteses contempladas nos incisos I e II, do artigo 88, da Lei nº 12.529/2011, a saber:

I – pelo menos, um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II – pelo menos, um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Ressalte-se que há necessidade de cumulação das hipóteses indicadas nos incisos I e II, do artigo 88 da Lei Antitruste. A não ocorrência de cumulatividade não caracterizará ato de concentração de mercado, sendo certo que, neste caso, o ato, embora aparentemente concentracionista, não deverá ser apreciado pelo CADE e, assim, não estará sujeito aos efeitos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Esclareça-se que o controle dos atos de concentração de que trata o artigo 88 da Lei Antitruste será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo da petição de comunicação no CADE.

Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas na Lei nº 12.529/2011, dentre elas a declaração de nulidade automática do ato, sem prejuízo do pagamento da multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), além de instauração de procedimento administrativo e penal.

Regra geral, são e serão proibidos pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços.

Dentro desse contexto, se caracterizado o ato de concentração, com eliminação da concorrência ou parte substancial de mercado relevante, é fato que o CADE jamais autorizará ou aprovará o ato concentracionista, situação que impedirá a realização dos atos de fusão, incorporação ou cisão entre as sociedades empresárias interessadas.

Todavia, inteligentemente os incisos I e II, do §6º, do artigo 88, da Lei nº 12.529/2011, contemplam as alternativas ou *válvulas de escape* para a aprovação do ato, ainda quando concentracionista de mercado, quando:

I. cumulada ou alternativamente o ato:

- a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II. sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes da concentração.

Embora concentracionista, a lei criou modulações para a aprovação do ato. Assim, ainda que a operação a se realizar apresente-se com a mácula de concentração de mercado, é certo que se viável a ocorrência das hipóteses contempladas nos I e II, do §6º, do artigo 88, o ato será aprovado pelo CADE.

O tema da concentração de mercados e a análise pelo CADE é bastante polêmico, no Brasil. Até que ponto deve o CADE reprovar ou rejeitar o ato concentracionista de mercado, interferindo diretamente no mercado e na concorrência. Os atos de fusão, incorporação ou cisão que se subsumam às hipóteses contempladas nos incisos I e II, do *caput*, do artigo 88, quando protocolizados no Conselho Administrativo de Defesa Econômica são objeto dos noticiários nacionais e assim instauram-se verdadeiros debates acerca da aprovação ou rejeição do ato pelo CADE.

Em tempos atuais, em tempos de globalização, o CADE vem aprovando os atos, ainda que concentracionistas, porém mediante ressalvas, com determinação de cumprimento de obrigações, tudo de modo a resguardar os interesses dos consumidores ou mesmo da concorrência no mercado global.

A potencial ocorrência de concentração de mercado, por si só, segundo a própria Lei nº 12.529/2011, não deve ser negada pelo CADE. Via de regra, a análise do caso específico à luz da Lei Antitruste, o CADE, em respeito à competição global pode e deve aprovar o ato mediante condições ou ressalvas com o intuito de fortalecer a economia brasileira – (a sexta economia mundial) – e preparar o terreno para as empresas, para os empreendedores, diante da acirrada competição estabelecida nos mercados nacional e internacional.

Como se sabe, a operação para ser definitivamente efetivada deverá ser submetida ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), estando a decisão final nas mãos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – que analisará técnica e economicamente os atos de fusão, incorporação ou de cisão e os seus efeitos – para concluir pela ocorrência ou não de concentração de mercado.

Como visto, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica pode ou não aprovar o ato de concentração de mercado. Se aprovar, o ato realizado entre as empresas será homologado, com ou sem ressalvas. No entanto, se reprovar o ato de fusão, incorporação, cisão ou mesmo de compra e venda de ativos, ocorrerá o desfazimento do negócio jurídico entabulado entre as partes empreendedoras, como sói ocorreu no célebre caso de fusão entre as empresas: Chocolates Garoto X Nestlé.

A decisão do CADE, embora denegatória a fusão, acabou sendo contestada pelas empresas fusionadas e submetida ao Poder Judiciário, o que levou a nulidade e cassação da decisão, com a consagração da fusão entre a Chocolates Garoto e a Nestlé. O episódio, de noticiário internacional, acabou por enfraquecer, ao tempo da vigência da lei anterior (Lei nº 8.884/1994 - revogada pela Lei nº 12.529/2011), com o enfraquecimento técnico e político do CADE, situação que possibilitou o surgimento do novo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência através da atual regra - a Lei nº 12.529/2011.

Segundo a lei brasileira, é e será através da análise do ato – no caso concreto – que se apurará ou não a concentração econômica decorrente dos atos de fusão, incorporação, cisão ou mesmo de venda de ativos. Os indicadores econômicos são quem apontarão a ocorrência ou não de concentração de mercado nos segmentos econômico de atuação dos empreendedores interessados. Como já visto, o ato poderá até ser concentracionista, contudo, se o CADE reconhecer que mesmo concentracionista presentes os fundamentos indicados nos incisos I e II, do §6º, do artigo 88, da Lei nº 12.529/2011, o ato poderá ser aprovado, com ou sem restrições. Essa é a regra insculpida no atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Há, naturalmente, um confronto de ideias entre a regra geral x a regra especial. A regra geral orienta-se no sentido de que o ato de fusão, incorporação, cisão ou venda de ativos não pode gerar concentração econômica no mercado brasileiro. O ato não pode prejudicar a concorrência no mercado nacional. Já a regra especial indica que, ainda que concentracionista o ato, a operação poderá ser aprovada desde que, de forma *cumulada ou alternativamente, o ato aumente a produtividade ou a competitividade, melhore a qualidade dos bens ou dos serviços, ou propicie a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; ou, ainda, sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes da concentração.*

A concentração econômica não é um fim em si mesma. Em cada caso concreto, há que se analisar, de forma cruzada, os indicadores econômicos. Mesmo que concentracionista, é absolutamente possível, do ponto de vista técnico e legal, que se aprove o ato, *desde que a operação realizada entre as empresas demonstre a ocorrência de eficiência econômica e do bem estar comum, sem prejuízo ao consumidor ou usuário final dos bens ou dos serviços.* Excepcionalmente, o ato, ainda que implique con-

concentração econômica de mercado, poderá ser aprovado pelo CADE, com ou sem pré-estabelecimento de condições ou ressalvas, como sói ocorreu como os precedentes casos: Colgate-Palmolive e Ambev.

É importante frisar que a aprovação da operação mediante condições é a saída que a lei antitruste criou para operações importantes ao desenvolvimento da economia nacional; é a *válvula de escape* criada pelo legislador para permitir a flexibilização da aplicação da lei no caso concreto, levando-se em conta as peculiaridades dos agentes econômicos nos mercados nacional e internacional.

Muitas vezes as operações, ainda que reflexa ou potencialmente concentracionistas, são aprovadas ou devam ser autorizadas mediante condições por motivos preponderantes da economia nacional. Nessas hipóteses, tem-se claramente que a decisão do CADE, embora técnica do ponto de vista econômico-mercadológico, tem conotação política, de prestígio ao crescimento da economia nacional, viabilizando maior competitividade dos agentes econômicos nos mercados interno e internacional.

Em tempos de globalização econômica e mundialização de mercados, atos que impliquem concentração no mercado interno, não necessariamente devem ou deverão ser vetados pelo CADE, se os atos de fusão, incorporação, cisão ou compra e venda de ativos visarem essencialmente o mercado externo, a concorrência internacional.

Os conceitos de mercado de bairro, cidade, Estado e Federação foram ampliados a partir do comércio transfronteiriço, do incremento do comércio internacional, no início deste século. Hoje, o conceito de mercado relevante, com a presunção de participação em percentual de *market share*, no segmento de atuação de determinado agente econômico é pura presunção de ocorrência de dominação de mercado, porque a análise técnica de relevância de mercado não se traduz mais à luz do mercado nacional, mas sim do mercado internacional.

Se a análise do ato for realizada com base no mercado internacional, levando-se em conta os concorrentes externos, tudo indica que o CADE aprovará, ainda que com ressalvas, atos concentracionistas, desde que não haja prejuízo ao consumidor. É comum pensar que estrategicamente a operação realizada entre empresas visa essencialmente o fortaleci-

mento ou a consolidação de posição ou mesmo o reposicionamento dos agentes econômicos envolvidos no mercado nacional, como também buscam melhor eficiência e competitividade no mercado internacional. Muitas vezes, é fato, as operações ou atos de fusão, incorporação, cisão ou compra e venda de ativos são realizados com foco no mercado internacional, embora tenham significativos efeitos no mercado nacional.

A aprovação do ato de incorporação sob o fundamento de fortalecimento da economia nacional é motivo razoável. Com efeito, sabe-se que é importante fortalecer os agentes econômicos nacionais para que possam disputar mercados no exterior, neste momento de acirrada competitividade.

É hora de olharmos para a competição no horizonte do mercado além-fronteiras! O que orienta o mercado é a competição internacional. Nesse cenário, se o empresário ou a sociedade empresária não tiver condições de disputar os mercados nacional e internacional, significa dizer que, a curto prazo, estará fadado a deixar o mercado, quer por inviabilidade econômica na exploração da empresa, quer por venda de seus ativos ou por incorporação de suas atividades por terceiros, no caso competidores internacionais.

A economia mundial, no fim do século passado e no início deste, tem revelado transformações nas relações jurídico-empresariais, com o surgimento de questões das mais variadas ordens, especialmente nos campos do Direito Econômico, Financeiro, Monetário, Comercial, Societário e Tributário.

Os últimos tempos têm indicado a ocorrência de agrupamentos econômicos, nas modalidades de *joint ventures*, com operações de associação, parceria ou consórcio empresarial, além de fusão, incorporação e cisão de empresas e compra e venda de ativos.¹ Tal fenômeno

1 *Joint venture* – parceria entre empresas nacionais, multinacionais ou transnacionais mediante associação, franquia empresarial, consórcio ou qualquer outra modalidade de colaboração. O art. 278, da Lei 6.404/1986 – Lei das Sociedades por Ações – prevê a possibilidade de comunhão de interesses ou participação conjunta em um mesmo empreendimento; transformação – alteração na estrutura societária, com a mudança do regime jurídico da empresa; incorporação – absorção de uma ou mais sociedades por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações; fusão – união de duas ou mais sociedades para formar sociedade nova; cisão – transferência total ou parcial do patrimônio de uma sociedade para uma ou mais sociedades existentes ou que venham a ser constituídas em razão dessa transferência, deixando a sociedade cindida de existir no caso de transferência total do patrimônio ou continuando ela a existir com a redução do seu capital, proporcional à parcela transferida.

está acontecendo em todos os continentes, com maior ou menor relevo, decerto, *fruto da globalização econômica, mundialização de mercados ou mesmo internacionalização das economias, mormente com a atuação das companhias transnacionais, cuja origem ou nacionalidade do capital investido tornou-se transfronteiriço, com dificuldade na sua identificação.*²

Assistimos ao agrupamento de empresas, nos variados segmentos da economia. No Brasil, o modelo de privatização levado a efeito pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso, posteriormente acompanhado pelos Presidentes Lula e Dilma, comprova tal comportamento, posto que várias companhias nacionais e estrangeiras, de origem espanhola, portuguesa, inglesa, holandesa, italiana, francesa, canadense, norte-americana e outras, concorreram nos leilões do aço, estradas de ferro, telecomunicações, petróleo, portos e aeroportos etc. através da formação de consórcios empresariais, com a constituição de *joint ventures*, e estão, hoje, funcionando no Brasil e no exterior.

Podemos citar inúmeros exemplos ocorridos na economia mundial. Um dos mais recentes, na indústria petrolífera, foi o caso *Exxon X Mobil*,³ nos Estados Unidos, com a concentração no segmento do petróleo. A propósito, a onda de alianças internacionais cada dia ganha mais fôlego, com acirrada competitividade entre empresas.

Outras fusões, no campo do petróleo ocorreram, a exemplo da aquisição da francesa *Elf Aquitaine* pela franco-belga *TotalFina*, com oferta de mais de US\$ 43 bilhões. Com a fusão, a *TotalFina* passou, no *ranking* mundial, a quarta maior companhia de petróleo.⁴

O Brasil, na condição de sexta economia mundial, é, sem dúvida, a principal potência econômica da América do Sul e, assim, para manter-se líder no Mercado do Cone do Sul (Mercosul) deverá, cada vez mais, fortalecer-se no processo global. Sabe-se que na disputa por mercados, no comércio internacional, não se admite manter-se *deita-*

2 Economia sem fronteiras ou além-fronteiras.

3 O caso foi apreciado pelo governo americano em face da concentração no mercado de petróleo; a lei antritruste americana tem disciplinamento rígido de coibição de atos/práticas anticoncorrenciais. A operação foi aprovada.

4 O assunto foi veiculado no Jornal O GLOBO, no dia 6/7/1999.

*do em berço esplendido;*⁵ daí por que se invocam os versos cantados pelo saudoso poeta Cazuzu: *Brasil, mostra tua cara!*

É necessário que a economia brasileira responda ativamente aos fenômenos da globalização, permitindo, desde que não ocorra violação aos princípios fundamentais e norteadores da ordem econômica, que as empresas nacionais transformem-se em multinacionais e transnacionais, competindo, assim, com os seus concorrentes no território nacional e além-fronteiras, de modo a garantir a soberania nacional (economia forte) e viabilizar o pleno emprego (exercício da cidadania, diminuição das diferenças sociais, do analfabetismo, da miséria etc.) e a defesa do consumidor, com melhores condições de consumo (maior qualidade e menor custo e preço).⁶

Esse é o sistema concorrencial brasileiro que, obrigatoriamente, deve atuar sob a inspiração dos *princípios constitucionais da soberania nacional, do pleno emprego, da defesa do consumidor, da livre iniciativa e da livre concorrência*, indicados no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica (artigo 170 – *caput* e incisos I, IV, V e VIII), na Constituição Federal de 1988.

O mercado brasileiro, historicamente fechado até a abertura da economia e realização das privatizações, vem recebendo aportes de recursos estrangeiros cada vez maior. Basta verificarmos o volume de dinheiro nacionalizado com as privatizações, bem assim as aquisições de algumas instituições financeiras brasileiras por banqueiros estrangeiros (não estamos discutindo a qualidade da gestão/administração dos recursos pelo Governo Federal, nem a política de recuperação dos bancos insolventes através do criticado Sistema Proer).

Passadas as crises cambial e política e superadas as incertezas na economia nacional, o que se deu com a manutenção do regime de metas de inflação, de flutuação do câmbio, de controle da taxa de juros e do consumo, inclusive com políticas que visam a redução ou desonera-

5 Mercosul, Alca, Nafta e Comunidade Econômica Européia (cf. Cimeira – União Europeia, Caribe e América Latina).

6 Princípios inseridos na Ordem Econômica e Financeira, na Constituição Federal de 1988.

ção de encargos sobre a produção, embora ainda tímidas, o chamado risco Brasil caiu consideravelmente, batendo seguidos recordes de declínio, igualando-se aos índices de países emergentes de economia de primeiro mundo.

Esse cenário chamou a atenção dos investidores internacionais e o empresariado brasileiro a partir daí tem sinalizado com postura de credibilidade à política econômica levada a efeito pelos Governos Lula e Dilma, embora a economia nacional não tenha crescido nos últimos anos.

Veza por outra somos surpreendidos com boas notícias no mundo empresarial nacional, com atos de fusões ou de aquisições de empresas, com o aumento dos investimentos e a chegada de novos investidores internacionais. Esse clima de oportunidades e de investimentos têm fortalecido a economia brasileira, daí o seu crescimento e salto para a posição de sexto lugar no *ranking* mundial.

É por isso que, no passado recente, ao som de estardalhaços, defendemos a fusão entre as Cervejarias Brahma e Antarctica. A parceria que deu certo entre a Número 1 e a Paixão Nacional que criou a AM-BEV – atualmente a maior Cervejaria do mundo!

À época, a então surpresa de fusão das cervejarias residia nos seguintes aspectos:

- a) as empresas eram sólidas;
- b) as empresas eram concorrentes diretas;
- c) tratava-se do primeiro caso de megafusão de empresas brasileiras;
- d) o momento econômico era de incerteza em razão da então recente crise cambial (mudança na política de câmbio ocorrida em janeiro de 1999), em que se anunciou o futuro com grandes dificuldades;
- e) não vazamento de informações acerca das tratativas da fusão, situação incomum no mercado.

A referida fusão, em primeira análise, apresentava-se curiosa, porque, historicamente, no Direito Comercial, os atos de incorporação, cisão e fusão de empresas ocorriam quando uma das sociedades apresentava-se com dificuldades econômicas decorrentes de gestão empresarial deficitária, custos elevados e margens de lucratividade defasadas,

recessão e ausência de mercado consumidor, escassez de matéria-prima etc. Sucede que naquele caso, em particular, nenhum dos fatores aqui indicados ocorreu.

Ao revés, as referidas empresas estavam bem posicionadas no mercado nacional, no segmento de cervejas e refrigerantes, com elevado *market share*⁷ e ótima estabilidade econômico-financeira. No entanto, as empresas associaram-se sob o pálio da nova ordem econômica mundial – qual seja: a globalização econômica e a competitividade internacional.

A justificativa para a formação da megafusão era a necessidade urgente de formação de forças e de alianças entre a Brahma e a Antarctica, ainda que anteriormente concorrentes diretas, para alcançar e atingir o mercado internacional, no segmento de cervejas e refrigerantes. A ordem do dia, na economia mundial, era e ainda é: *crescer ou desaparecer!*

A globalização ou mundialização, se por um lado é boa, posto que *rompe com as fronteiras*; de outro, o sistema é perverso, porque para permanecer no mercado é indispensável ser competitivo, aliás, sempre competitivo sob pena de alijamento do mercado. A competição permeia os conceitos de produtividade, qualidade e custos, daí a explicação para as fusões empresariais surgidas na virada do milênio e início deste século, cujo processo socioeconômico de preparação para o terceiro milênio inadmitte reversibilidade.

A realidade da megafusão entre a Brahma e a Antarctica foi a criação da *holding AMBEV – American Beverage Company*⁸, que nasceu como a terceira maior cervejaria do mundo e, agora, com pouco tempo de vida, ainda na fase infantil, já desponta como sendo a maior cervejaria do mundo, com os pés em todos os continentes. Esse feito é motivo de orgulho e deve ser comemorado pelo empresário brasileiro.

Em entrevista à imprensa, o Presidente do Conselho de Administração da AMBEV, Marcel Telles (ex-Presidente da Brahma), à épo-

7 Fatia de mercado alcançado por uma empresa, no segmento de atuação.

8 AMBEV – sociedade empresária criada com a fusão de Brahma e Antarctica. A AMBEV, por suas subsidiárias, sucursais, filiais e agências atua no mercado internacional, sendo, atualmente, uma companhia transnacional.

ca, enfatizou: *Se as companhias brasileiras não ganharem robustez acabarão sendo compradas pelas concorrentes estrangeiras.*⁹ É a pura realidade dos fatos econômicos (crescer ou desaparecer do mercado!).

Não podemos olvidar que os ramos do Direito Comercial e do Direito Econômico - que têm raízes no Direito Europeu, em especial no direito francês,¹⁰ com a formação das primeiras corporações de ofícios (início da atividade mercantil) - sempre sofreu e continua sofrendo, ao longo dos séculos, forte influência da economia. A economia é quem sinaliza as novas relações jurídicas, enquanto que a ciência jurídica cuida do regramento das atividades empresariais.

A história do Direito Empresarial passa pelo surgimento das corporações (modo mais rudimentar de mercancia – atos de comércio) até o consórcio e a fusão de empresas (formação e concentração de grupos econômicos); daí por que Hamel e Lagarde afirmavam que o Direito Comercial é o *Direito dos Negócios (droit de affaires)*.¹¹

O surgimento de novas relações mercantis, a saber: o sistema de alienação fiduciária em garantia,¹² o sistema de *leasing*,¹³ o sistema de franchising,¹⁴ a concessão e a distribuição comercial¹⁵ e o sistema de *factoring*¹⁶ deram impulso à economia internacional, com a formação de parcerias, franquias, *joint ventures* etc, facilitando a transferência de capitais estrangeiros.

Os conceitos de mercancia e comerciante previstos no revogado art. 4º do Código Comercial Imperial (brasileiro) há muito não vigoram por conta da Teoria da Empresa, do Direito Italiano. As relações jurídicas

9 Revista Veja, edição de 7.7.1999.

10 Código de Napoleão, de 1807.

11 Hamel e Lagarde. *Traité de Droit Commercial*. Paris, Dalloz. Vol I, 1954, n. 6, citado por Fran Martins, in Curso de Direito Comercial, 22ª edição, Forense, 1996, p. 17.

12 Alienação Fiduciária em Garantia - Decreto-Lei nº 911, de 1.10.1969, com suas respectivas alterações.

13 Lei nº 6.099/74 e Resolução BACEN 980/1984.

14 Lei nº 8.955, de 15.12.1994 - Cuida do sistema de franquia mercantil e requisitos da Circular de Oferta endereçada previamente ao candidato franqueado.

15 Lei nº 6.729, de 28.11.1979.

16 Circular BACEN 1.359/1988.

societárias, hoje, são celebradas visando a proteção do ente social denominado empresa, responsável pela geração de riquezas, empregos e impostos.

Há muito tem-se falado, sem maior preocupação, sobre a função social da empresa. Afora os comercialistas, aos poucos, outras vozes foram surgindo em prol da idéia da socialização deste ente vivo e organizado, chamado empresa.

Após a posição de vanguarda do direito alienígena, com destaque para as doutrinas italiana, francesa, alemã e norte-americana, o Brasil, finalmente, saiu das trevas rumo à luz das doutrinas dos países do primeiro mundo, no direito privado, buscando a sobrevivência dos agentes econômicos no contexto da globalização e internacionalização da economia.

Prova disso é que o Código Civil Brasileiro, no Livro II, Título I, Capítulo I, conceituou o empresário no art. 965, dizendo: *considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*.¹⁷

O Direito Comercial passa por momentos de grandes mutações e a cada dia incorpora a responsabilidade sobre os destinos das nações. O Direito Mercantil, com o suporte do Direito Constitucional (aqui o intervencionismo estatal), abriu nova via de regramento, com o surgimento do Direito Concorrencial ou Econômico. Tal ramo de especialização disciplina e inibe atos caracterizadores de abuso de poder econômico e práticas ou condutas anticoncorrenciais – é a chamada Lei Antritruste.

O Brasil experimentou sua primeira legislação antritruste na Constituição Federal de 1946, no art. 148, que rezava: *A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros*.

Somente em 10 de setembro de 1962, o legislador ordinário, regulamentando a repressão ao abuso do poder econômico, editou a Lei nº 4.137.

17 Direito de Empresa, no Código Civil Brasileiro.

O incremento do Direito Econômico e Concorrencial, com o advento da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, acabou por exigir a transformação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia federal, com atribuições de prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica e zelar pelos princípios constitucionais inscritos na Ordem Econômica e Financeira (cf. art. 170, incisos I a IX, da CF/88 e art. 1º da Lei 8.884/1994).

No aperfeiçoamento do setor, a Lei nº 12.529/2011 revogou a Lei nº 8.884/1994 e assim criou o atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Com a atual Lei Antitruste, todos os atos que impliquem concentração de empresas ou de mercado, obrigatoriamente, nos termos do art. 88, da Lei 12.529/2011, devem ser submetidos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Não se confunde administração com jurisdição; *administrar é a utilização da lei, de ofício, pelo administrador; julgar é interpretar e aplicar a lei no caso concreto mediante provocação ao Poder Judiciário, representado pelo Juiz.*¹⁸

O preceito contido na Lei Antitruste é o norte para a apreciação dos atos concentracionistas. De rigor, há que se mencionar que, em tese, *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.*

Quando da apreciação, o CADE, como já visto, poderá aprovar ou rejeitar o ato ou operação se houver limitação à concorrência ou mesmo dominação ou concentração econômica de mercado. Não obstante, possa o CADE autorizar o ato desde que presentes os requisitos previstos nos incisos I e II, do §6º, do artigo 88, da Lei nº 12.529/2011.

O CADE, nos casos mais complexos submetidos à sua apreciação, vem posicionando-se favorável aos atos concentracionistas, como se deu com as fusões da Kolynos e Colgate-Palmolive, Brahma e Antártica, Americanas e Blockbuster, Sadia e Só Frango, Sky e Direct TV, Wal-Mart e Bom Preço, Bradesco e Amex, Itaú e *BankBoston*.

18 Cretella Júnior, José. Comentários à Lei Antitruste. Forense. Rio de Janeiro, 1996, p. 15.

O CADE, no entanto, em decisão inédita, não aprovou a incorporação da Chocolates Garoto pela Nestlé. Após 2 (dois) anos da realização da fusão, com as operações então consolidadas, determinou o desfazimento do ato por concluir pela concentração no mercado de chocolates em barra, a granel e confeitos. A Nestlé questionou a decisão no Poder Judiciário e a fusão restou aprovada.

Essa é uma questão interessante: o CADE – que tem atribuição para a análise técnico-econômica da ocorrência ou não de concentração de mercado – pode ter a sua decisão revista e alterada pelo Poder Judiciário? Sim. O CADE poderá ter a sua decisão revista e modificada pelo Poder Judiciário. A justificativa é simples: a natureza da decisão do CADE é administrativa, a decisão é típico ato administrativo vinculado, sendo inviável a apreciação do mérito pelo Judiciário, salvo a ocorrência de ilegalidade.

A defesa da ordem econômica, hoje, não pode merecer interpretação meramente gramatical. De 1962 a 2014 é indubitoso que experimentamos profundas alterações nas economias nacional e internacional. A velocidade dos tempos é tão grande que o passado recente parece ser secular ou milenar.

Claro que os efeitos do ato concentracionista, para o mercado brasileiro, podem implicar alguns perigos. Porém, olhando para o futuro (o presente já passou) a operação de fusão, incorporação, cisão ou mesmo a compra e venda de ativos empresariais apresenta-se mais que necessária para a economia nacional, porquanto as vezes é e será a única forma de viabilizar e inserir as empresas brasileiras na competição internacional, em segmentos estratégicos de mercado.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência deve e deverá continuar atento às evoluções e transformações do nosso tempo e do futuro (que já é quase presente), sempre olhando à frente. Exemplos de posturas de vanguarda foram as aprovações das operações Kolynos X Colgate e Brahma X Antarctica – cujas operações formaram impérios econômicos com capacidade de atuação nos mercados nacional, internacional e transnacional.

Naquelas oportunidades, o CADE, no uso das suas atribuições e zelando pela ordem econômica, aprovou as operações mediante condições, o que nos pareceu absolutamente correto.

Conclusão

Na atualidade, os atos de concentração devem ser analisados à luz dos mercados internacional e transnacional. Sabidamente, grande parte dos setores econômicos são concentrados em todo o mundo. A concentração não é aleatória; o fundamento é a competitividade internacional e transnacional (maior volume, melhor qualidade; menor custo, melhor preço final para o consumidor).

Com efeito, a concentração de mercado, não necessariamente implica infração à ordem econômica. Cretella Júnior, comentando a Lei Antritruste brasileira (Lei nº 8.884/1994), assevera que: *Não constitui, entretanto, a aludida infração, o domínio de mercado que resulta de processo natural, ou de maior eficiência e preparo de agente econômico, superior a seus competidores.*¹⁹

O comentário aqui trazido coaduna-se inteiramente com a nossa posição. No mundo, os principais segmentos econômicos estão concentrados, por razão estratégica. Óbvio que a concentração resulta de processo natural ou de estratégia de mercado, cuja finalidade não é outra senão obter maior eficiência e preparo do agente econômico, de modo a superar seus competidores.

A concentração apresenta-se mais que razoável nos segmentos estratégicos da economia, a exemplo dos mercados petrolífero, petroquímico, energia, telecomunicações etc. A concentração apresenta-se, até certo ponto, condição necessária e indispensável à competitividade, como forma de preservação da empresa e da atividade econômica.

Portanto, em tese, ainda que determinada operação implique concentração no mercado nacional, não temos receio de afirmar que o CADE poderá aprovar atos concentracionistas mediante condições ou ressalvas, realizando salvaguardas e determinando a realização e/ou a abstenção de algumas práticas potencialmente prejudiciais ao mercado brasileiro e aos consumidores, porém com olhares para a competição internacional e transnacional diante da realidade da mundialização de mercados.

19 Cretella Júnior, José. *Comentários à Lei Antritruste*. Forense. Rio de Janeiro, 1996, p. 75.

Hoje, os atos de concentração, desde que devidamente monitorados pelo CADE, estão a merecer aprovação frente ao fenômeno da globalização e internacionalização da economia, que cada vez exigirá a formação de *joint ventures*, com parcerias, associações, consórcios e fusões de empresas, com o fim de garantir a permanência dos agentes econômicos nos mercados nacional, internacional e transnacional (além-fronteiras).

O Brasil, reconhecidamente a sexta economia mundial, com enorme potencial de crescimento nas próximas décadas, deve e deverá manter-se atento à evolução dos mercados interno e externo, garantindo, assim, as empresas brasileiras o necessário acesso aos mercados internacional e transnacional através dos atos de fusão, incorporação, cisão ou compra e venda de ativos entre agentes econômicos.