

## **CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL CONSENTIDA NO NOVO CÓDIGO CIVIL**

Jean Carlos Fernandes<sup>1</sup>

Típica do poder privado econômico, a concentração de empresas vem alcançando espaço no Direito Brasileiro, com relevante importância na atividade empresarial e intimamente ligada à política econômica, formando-se, habitualmente, por acumulação de capital, por controle financeiro, patrimonial ou pelo controle do mercado.

O poder econômico, contudo, visualizado com maior ênfase nas concentrações empresariais, deve obedecer limites, não se constituindo meio sufocador do mercado livre, mesmo porque as pequenas e médias empresas, responsáveis muitas vezes pelo maior emprego de mão-de-obra, merecem tratamento favorecido para compensar o poder dos grandes conglomerados.

Daí, para equilibrar o sistema, surge o poder público econômico, gerido pelo Estado, o qual, através de políticas intervencionistas no mercado, procura, dentro do princípio de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, intervir no fenômeno concentracionista, quando este surge como eliminador da concorrência e da livre iniciativa.

Com efeito, as concentrações empresariais iniciaram-se para evitar os males da livre concorrência de um lado e, de outro, para propiciar o aumento da produtividade, com racionalização da produção.

Desse contexto, extrai-se os diferentes tipos de práticas concentracionistas, decorrentes, muitas vezes, de mecanismos do direito societário, tais como, a incorporação, fusão e cisão de empresas, a participação societária, união pessoal, empresa sob controle comum e contratos empresariais.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Comercial pela UFMG. Professor Titular de Direito Comercial do Centro Universitário Newton Paiva. Advogado em Belo Horizonte. Sócio do escritório Jason Albergaria Advogados Associados.

Abordadas, inicialmente, pela Lei das Sociedades por Ações (Lei n.º 6.404/76), a incorporação, a fusão e a cisão de empresas, como formas concentracionistas, não suscitam dúvidas no direito nacional, figurando entre as primeiras hipóteses de concentração, previstas pela Lei Antitruste. (Lei n. 8.884/94, art. 54, § 3º)

Embora de acentuada importância na atividade econômica, a concentração empresarial nem sempre assim foi tratada pelo Direito Brasileiro. Num primeiro momento, a concentração, no Brasil, ligou-se às práticas consideradas inicialmente como crimes contra a economia popular, posteriormente às formas de abuso do poder econômico.

A evolução de tal estágio passou a ser visualizada com a abordagem do tema pelas constituições, no sentido de oferecer elementos para o estabelecimento dos limites entre o uso e o abuso do Poder Privado Econômico, mais perceptível nas práticas concentracionistas.

A atual legislação no Brasil sobre abuso do poder econômico tem como principal diploma legal a Lei n.º 8.884/94, que traz como finalidade a punição de infrações à ordem econômica. Sendo assim, é necessária a existência de controle antitruste fundado em lei, a fim de tutelar a concorrência contra as práticas concentracionistas maléficas à ordem econômica, respeitando-se, é certo, o vigor e a dinâmica da liberdade empresarial.

A Lei n.º 8.884/94 veio fortalecer o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – C.A.D.E., transformando-o em autarquia, reconhecendo-lhe competência para deliberar acerca da prática ilícita ao poder econômico. Destaca-se o CADE no controle das manobras monopolísticas do mercado, estando apto a determinar a cessação de tais práticas, chegando, até mesmo, à intervenção.

Nessa linha, alcançou-se o ponto da legislação brasileira tratar a concentração pelo prisma oposto ao abuso do poder econômico, vindo a dedicar-lhe em várias ocasiões permissão e estímulo. A partir daí surgiram as figuras da: a) concentração reprimida (Constituição Federal e Legislação de Proteção à Concorrência); b) concentração estimulada (Leis dos Planos Nacionais de Desenvolvimento e Legislação de Incentivo); e c) concentração consentida

(Legislação de Proteção à Concorrência, Planos Nacionais de Desenvolvimento, Lei das Sociedades Anônimas e, agora, o novo Código Civil).

Nos interessa mais de perto a análise da concentração consentida adotada pelo novo Direito de Empresa, trazido pelo atual Código Civil, em seu Livro II, Título II, Capítulo X, artigos 1.113 a 1.122.

Embora o Estado, através de técnicas legislativas, atua reprimindo as concentrações empresarias - quando configuram abuso do poder econômico -, afigura-se, de outro lado, também, a tendência estatal de consentir, expressamente, por meio de legislação específica, à instalação do fenômeno concentracionista.

No Brasil, o consentimento concentracionista assumiu inicialmente relevo na Lei n.º 6.404, de 19.12.76, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, onde se criou expedientes de concentrações empresariais, tais como, incorporação, fusão, cisão, empresas coligadas, grupos de sociedades e os consórcios.

Agora, o novo Código Civil, seguindo os passos da Lei das Sociedades Anônimas, passa, expressamente, a prever o fenômeno concentracionista empresarial consentido para as sociedades contratuais, ditando-lhe as formas de incorporação, fusão, cisão e sociedades coligadas.

A incorporação, tratada pelos artigos 1.116 a 1.118 do Código Civil, caracteriza-se como a operação pela qual uma sociedade absorve outra ou outras, as quais deixam de existir, sucedendo-lhes em todos os direitos e obrigações. A sociedade incorporadora absorve o acervo da sociedade incorporada, em um aumento de capital e, conseqüentemente, originando maior poderio econômico no mercado. A incorporação se concretiza mediante alteração contratual da incorporada e incorporadora, extinguindo-se aquela e modificando-se o contrato social desta, tudo com a aprovação dos respectivos sócios, consoante artigos 1.117 e 1.118 do estatuto civil.

Por sua vez, a fusão também envolve alteração no patrimônio e na estrutura das sociedades, consistindo na operação através da qual duas ou mais

sociedades, com a mesma ou diversa configuração jurídica, se reúnem para constituir outra sociedade, extinguindo-se as anteriores. A fusão “será decidida, na forma estabelecida para os respectivos tipos, pelas sociedades que pretendam unir-se” (art. 1.120 do CC), sendo “vedado aos sócios votar o laudo de avaliação do patrimônio da sociedade” (§ 3º, do art. 1.120, do CC). Em outros termos, na fusão duas ou mais sociedades se unem, dando nascimento a uma nova sociedade, cujos atos constitutivos, inclusive os relativos à fusão, devem ser inscritos no registro próprio da sede, a teor do art. 1.121 do Código Civil.

É inquestionável que a fusão encontra-se inserida no processo de concentração de empresas, ora atuando como causa, ora como efeito e consequência da própria concentração. Lançando as premissas necessárias a respeito do tema, o comercialista Waldirio Bulgareli destaca que “nas diversas formas adotadas, pelas quais as empresas conjugam seus esforços atingindo uma unidade econômica, completa ou parcial, a fusão seria a mais perfeita, posto que as integraria de maneira total e definitiva.”

No que concerne à cisão, o novel estatuto civil, embora tenha a ela expressamente se referido na designação do Capítulo X, do Título II, do Capítulo II ( “DA TRANSFORMAÇÃO, DA INCORPORAÇÃO, DA FUSÃO E DA CISÃO DAS SOCIEDADES), nenhum dispositivo dedicou-lhe no decorrer do capítulo, levando-nos a analisá-la sob a ótica da Lei das Sociedades Anônimas,

A cisão conceitua-se como a operação pela qual a sociedade transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão (art. 229 da Lei 6.404/76). A cisão, cujo regime é em parte comum à fusão e à incorporação, pode provocar situação de concentração, mas não por causa dela mesma, mas das empresas resultantes, que podem formar grupos econômicos.

Ressalte-se que as operações de incorporação, fusão e cisão devem ser deliberadas e aprovadas pelos sócios de acordo com a forma estabelecida pelos tipos societários das sociedades envolvidas. Tratando-se de sociedades simples, pelos votos que correspondam mais da metade do capital social (art. 1.010 e § 1º,

do CC). Se sociedades empresárias, pelos votos correspondentes, no mínimo, a  $\frac{3}{4}$  (três quartos) do capital social (art. 1.071, VI c/c art. 1.076, I, do CC).

Por fim, a lei civil também inovou ao tratar das sociedades coligadas, dedicando-lhes os artigos 1.079 a 1.101. De acordo com a definição legal, consideram-se coligadas ou filiadas as sociedades quando uma participa, com 10% (dez por cento) ou mais, do capital da outra, sem controlá-la.

Por outro lado, considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direito de sócio que lhe assegure, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores. Ainda, é de simples participação a sociedade cujo capital outra sociedade possua menos de 10% (dez por cento) do capital com direito de voto.

Não se pode perder de vista que tanto as sociedades coligadas, controladoras e controladas, como as operações de incorporação, fusão e cisão ou qualquer forma de agrupamento societário, estão condicionadas à aprovação do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, sempre que resultar em empresa que participe em 20% (vinte por cento) ou mais de um mercado relevante, ou se qualquer das sociedades envolvidas tiver faturamento bruto anual expressivo (art. 54, § 3º, da Lei n.º 8.884/94).

Esse é o cenário atual do sistema concentracionista empresarial, o qual, vindo a contrariar o princípio da livre concorrência, poderá, através de mecanismos legais, sofrer repressão estatal, em busca de reprimir o abuso do poder econômico.