PARECER 2012 – PROCADE/PGF/AGU

Daniel Gustavo Santos Roque
Procurador Federal

PARECER Nº _____ / 2012 – PROCADE/PGF/AGU

ATO DE CONCENTRAÇÃO nº 08700.007119/2012-70

REQUERENTES: BNDES Participações S/A e Prática Participações S/A

INTERESSADO: Superintendência-Geral do CADE

VERSÃO PÚBLICA

Ementa: Ato de Concentração. Aquisição de participação minoritária. Análise do conhecimento da operação. Aplicação dos artigos 9º e 10 da Resolução nº 02/2012 – CADE. Considerações em torno da existência de influência relevante. Parecer pelo conhecimento da operação.

Senhor Procurador-Chefe,

Trata-se de requerimento protocolado pela empresa PRÁTICA PARTICIPAÇÕES S/A (PRATICAPAR), nos termos do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011, por meio do qual se requer a aprovação da operação a seguir descrita pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

DA PARTES ENVOLVIDAS E DA NATUREZA DA OPERAÇÃO

PRATICAPAR é uma holding de participações, controlada pela BRAVA PARTICIPAÇÕES S/A, que detém, direta ou indiretamente, participação societária superior a 20% na empresa de participações Coldpar Participações S/A, bem como nas seguintes empresas operacionais: Embtech Indústria e Comércio S/A; Prática Produtos S/A; Klimaquip S/A.

As sociedades operacionais acima referidas desenvolvem atividades de:

a) industrialização e comercialização de placas eletrônicas para utilização na industrialização de fornos, máquinas de panificação, equipamentos de refrigeração, lavadoras de louças e assemelhados (Embtech);

b) industrialização e comercialização, exportação e importação de fornos para cozinhas industriais, fornos para gastronomia, máquinas para panificadoras, tais como amassadeiras, modeladoras, batedeiras, divisoras de massas e cilindros (Prática); e

c) industrialização e comercialização de resfriadores e congeladores rápidos, câmaras de conservação de produtos resfriados ou congelados, câmaras de fermentação, móveis refrigerados para aplicação comercial (Klimaquip).

Já a BNDESPAR constitui uma empresa holding de participações, que é controlada integralmente pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. Integra, portanto, o GRUPO BNDES, juntamente com a Agência Especial de Financiamento Industrial – FINAME.

A operação objeto dos presentes autos envolve o ingresso da sociedade BNDES Participações S/A (BNDESPAR) no capital social da PRÁTICA PARTICIPAÇÕES (PRATICAPAR), por meio da subscrição de novas ações preferenciais, emitidas pela PRATICAPAR, todas com direito a voto e conversíveis em ações ordinárias.

As ações preferenciais subscritas representam 10% do capital social total da PRATICAPAR.

Além da subscrição das ações acima relatada, a operação também envolve a concessão, pelo BNDES, de uma linha de financiamento à PRATICAPAR voltada para:

a) a ampliação de sua unidade industrial de Pouso Alegre/MG;

b) o investimento em treinamento de seus funcionários;

c) o desenvolvimento de novos produtos;

d) a obtenção de capital de giro para o exercício de suas atividades (Contrato de Financiamento).

DO CONHECIMENTO DA OPERAÇÃO

O conhecimento de um ato de concentração constitui pressuposto de admissibilidade que antecede o julgamento do mérito da operação. A análise desse pressuposto pelo CADE, notadamente por ocasião da aplicação inicial da nova Lei nº 12.529/2011, assume fundamental importância, na medida em que propicia sinalizar ao mercado as situações

nas quais se afigura dispensável a notificação ao SBDC em razão da ausência de impacto de natureza concorrencial advinda de determinada operação.

No caso em apreço, o GRUPO BNDES adquire, por meio da subscrição da totalidade de novas ações preferenciais emitidas pela PRATICAPAR, participação acionária equivalente a 10% do capital social desta empresa.

Assim, vê-se que a controvérsia ora posta à apreciação do CADE não se confunde com aquela enfrentada nos autos do AC nº 08700.005381/2012-80, na medida em que o presente caso não veicula situação de consolidação de controle acionário. Ao contrário, a presente operação veicula hipótese de aquisição de participação acionária até então inexistente, razão pela qual o conhecimento ou não da operação deve ser enfrentado a partir das especificidades que o caso concreto envolve.

A preocupação exposta pelas requerentes em torno do conhecimento ou não da presente operação consiste no fato de que, como resultado do negócio jurídico celebrado, a BNDESPAR adquire direitos que podem ser enquadrados no conceito de "influência relevante", na linha da jurisprudência firmada pelo CADE em torno da matéria, tais como:

a) direito de veto sobre operações de fusão, incorporação, cisão ou transformação;

b) indicação de membro do Conselho de Administração;

c) restrições a investimentos pela empresa em outras atividades distintas daquelas previstas em seu objeto social ou em valores superiores ao montante pré-definido no plano de negócios ou no acordo de acionistas.

Diante do exposto, a análise do conhecimento ou não da presente operação passa pelo exame das seguintes questões:

a) a implicação da eventual caracterização de "influência relevante" por ocasião da aplicação da Resolução nº 02/2012;

b) a subsunção ou não da presente operação aos critérios de notificação obrigatória definidas pela legislação antitruste, a partir do exame relativo à existência ou não, em concreto, de "influência relevante" decorrente do ato notificado.

Posta a controvérsia a ser enfrentada, segue a análise jurídica da questão.

DA IMPLICAÇÃO DE EVENTUAL CARACTERIZAÇÃO DE "INFLUÊNCIA RELEVANTE" POR OCASIÃO DA APLICAÇÃO DA RESOLUÇÃO/CADE Nº 02/2012

Argumenta a requerente que a notificação da presente operação deu-se "ad cautelam" por se encontrarem presentes alguns requisitos configuradores da situação de "influência relevante".

Eis o trecho da notificação que bem evidencia a preocupação exposta pela requerente:

> 14. Quanto ao critério de 'controle comum', se adotado aquele da Lei das S/A, nitidamente não está presente. Já, se adotado o conceito de controle antitruste e, especialmente, o de 'influência determinante sobre matérias mercadologicamente relevantes', é possível dizer, dependendo do que se entender por 'influência relevante' ou 'matérias mercadologicamente relevantes', que os direitos que passarão a ser detidos pela BNDESPAR após a subscrição de 10% do capital total da PraticaPar poderiam ser enquadrados em um desses dois critérios, ainda que o objetivo desses direitos seja exclusivamente a proteção do investimento e do empréstimo que serão realizados após a aprovação incondicional da Operação por este e. CADE.
>
> 15. Pela análise da sistemática da minuta do Acordo de Acionistas, percebe-se que todos os direitos positivos ou negativos concedidos à BNDESPAR estão associados, especialmente, à manutenção (a) do controle societário da PraticaPar, Brava Participações S/A e da Prática nas mãos dos atuais controladores da primeira (vide itens 3.1, 3.3, 3.4 e 3.6 do Acordo de Acionistas); (b) dos objetos sociais da PraticaPar e da Prática (vide item 2.1 e 4.1 do Acordo de Acionistas); (c) do valor dos dividendos a serem pagos à BNDESPAR (vide 4.1 do Acordo de Acionistas); e (d) da saúde financeira da PraticaPar e da Prática (vide item 4.1 do Acordo de Acionistas).
>
> 16. Ocorre, contudo, que alguns dos direitos da BNDESPAR, previstos especialmente nos itens 4.1 e 5.1 do Acordo de Acionistas, já foram declarados em decisões proferidas pelo e. CADE sob a égide da Lei nº 8.884/94 como geradores de 'influência determinante sobre matérias mercadologicamente relevantes', tais como (i) veto

> sobre operações de fusão, incorporação, cisão ou transformação; (ii) indicação de membro do Conselho de Administração; ou (iii) investimentos pela empresa em outras atividades distintas daquelas previstas em seu objeto social ou em valores superiores ao montante pré-definido no plano de negócios ou no acordo de acionistas.
>
> 17. Assim, se mantido o entendimento proferido em tais decisões, a presente Operação seria, a princípio, classificada como um ato de concentração, já que a BNDESPAR estaria adquirindo 'controle antitruste', assim entendido como 'influência determinante sobre matérias mercadologicamente relevantes' da PraticaPar, e esta notificação seria obrigatória em face da presença do critério de faturamento definido no artigo 88 da Lei nº 12.529/11 e alterado pela Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012.

A influência relevante pode ser conceituada, ainda que de forma simplificada, como *"a possibilidade de um agente econômico fazer uso de uma participação societária minoritária, ou mesmo de uma simples relação contratual, para intervir no processo de decisão da sociedade alvo dos investimentos, afetando, por conseguinte, as ações e estratégias empresariais desta.*[1]*"*

A construção jurisprudencial desse conceito pelo CADE voltou-se primeiramente à análise do âmbito de alcance do conceito de "grupo econômico" referido no §3º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94. Por ocasião da análise do AC nº 08012.010293/2004-48, o CADE teve a oportunidade de destacar a insuficiência do conceito de "grupo de empresas" sob a perspectiva do direito societário, razão pela qual se fez necessária a construção de um sentido próprio ao termo a partir da análise própria do direito antitruste.

Nesse sentido, vale registrar o seguinte trecho do voto proferido na ocasião pelo Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva:

> *O cerne da questão está em determinar o alcance da expressão 'grupo de empresas' referida no §3º do art. 54 da Lei nº 8.884/94. Como se sabe, os conceitos e normas do direito societário nem sempre são coincidentes com aqueles do direito antitruste.* No direito societário, a lei é voltada para proteger os interesses de acionistas minoritários e credores e o poder decisório é visto como aquele capaz de controlar o destino dos resultados da atividade (patrimônio). Já para o direito concorrencial, a lei se volta para concorrentes e consumidores, e, quanto ao poder

1 Ato de Concentração nº 08012.009529/2010-41, Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia.

decisório, mais importa determinar aquele que possa controlar ou influenciar as decisões mercadologicamente relevantes, como fixação de preços, estratégias econômicas, etc.

Assim, a análise antitruste pressupõe não apenas o exame das formas societárias, mas da realidade econômica. Isto nos leva à noção de influência relevante. Constata-se 'influência relevante (ou significativa) do ponto de vista concorrencial' sempre que, a partir da união dos centros decisórios em áreas específicas e estratégicas, seja possível presumir um comportamento cooperativo entre as empresas, o qual não pressupõe a titularidade da maioria das ações votantes [...].

[...]

Assim, considerando que as Requerentes não possuem o faturamento, nem a participação de mercado para o conhecimento da presente operação, não possuindo também acionista que de alguma forma exerça algum tipo de controle nas sociedades, acompanho o Conselheiro Roberto Pfeiffer, no sentido de que, *constatada a inexistência de agrupamento societário, considera-se afastada a necessidade de se analisar seus faturamentos e participações de mercado, inclusive de seus grupos, para fins de subsunção, com base no art. 54, §3º, da Lei nº 8.884/94"*. (grifei).

A preocupação em torno da verificação da existência ou não de "influência relevante" também esteve diretamente relacionada à identificação das empresas integrantes do mesmo grupo econômico por ocasião da análise dos seguintes Atos de Concentração, dentre outros: AC nº 08012.000476/2009-60[2]; AC nº 08012.008415/2009-41[3] e AC nº 53500.012487/2007[4].

A partir de então, a evolução da análise do tema no âmbito da jurisprudência do CADE permitiu evidenciar que o conceito de "influência relevante" adquiriu suma importância também na análise do conhecimento ou não de atos de concentração envolvendo aquisições de participações acionárias minoritárias por fundos

2 Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia.

3 Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

4 Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

> de investimento, conforme resulta da análise exemplificativa dos seguintes Atos de Concentração: AC nº 08012.002529/2007-15[5]; AC nº 08012.014090/2007-73[6]; AC nº 08012.012235/2008-82[7]; AC nº 08012.009662/2010-06[8] e AC nº 08012.009529/2010-41[9].

No caso específico dos fundos de investimento, a jurisprudência do CADE tem se inclinado no sentido de que as operações dessa natureza constituem ato de concentração econômica nas hipóteses em que os investidores do fundo detiverem poderes para influenciar a atuação dos gestores e estes, por sua vez, puderem exercer influência na sociedade investida. A questão tornou-se ainda mais interessante quando se observa que a jurisprudência do CADE parece caminhar para a presunção de existência de influência relevante dos fundos de investimento em participações, chamados de FIP, por força do que dispõe a Resolução nº 391/2003 – CVM.

Prosseguindo na análise da evolução do tema, cumpre ainda ressaltar que a análise da influência relevante também pode ser considerada por ocasião do exame dos impactos anticoncorrenciais resultantes da operação notificada.

Por ocasião da análise do Ato de Concentração nº 53500.012487/2007, o Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo estabeleceu intrínseca relação entre a existência de influencia relevante e a análise dos efeitos anticompetitivos de uma determinada operação, mesmo quando esta envolve aquisição de participação minoritária:

> 58. É razoavelmente claro que, nos casos em que um agente adquire poder de controle ou de influência relevante sobre seu rival (mesmo que por meio de participação minoritária), a análise de eventuais efeitos anticompetitivos deve ser efetuada, já que a empresa adquirente passa a ditar, ou ao menos a influenciar de modo substancial, o comportamento de seu concorrente, podendo alinhá-lo aos seus interesses. Tal entendimento é utilizado não apenas pelo CADE, mas também pela maior parte das autoridades antitruste do mundo.

5 Relator: Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos.

6 Relator: Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos.

7 Relator: Conselheiro Cesar Costa Alves de Mattos.

8 Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia.

9 Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia.

Nos autos do Ato de Concentração nº 08012.009198/2011-21, foi adotada medida cautelar comportamental em operação que envolvia aquisição minoritária de participação societária, justamente em razão da necessidade de se resguardar o ambiente concorrencial do mercado relevante então sob análise. Em decisão monocrática, o Conselheiro Relator Olavo Zago Chinaglia destacou os possíveis efeitos anticoncorrenciais decorrentes, por exemplo, da possibilidade de indicação de membros para o Conselho de Administração, ainda que da operação não resultasse a aquisição de controle societário formal:

> Não procedem, ao menos em análise preliminar, os argumentos da Requerente.
>
> Como já decidiu o CADE anteriormente, aquisições de participações acionárias em rivais podem gerar sérias preocupações para o direito da concorrência, mesmo quando não confiram ao adquirente capacidade de exercer influencia relevante sobre a empresa alvo.
>
> Entre os principais efeitos anticompetitivos que podem decorrer de tal situação, destacam-se:
>
> a diminuição dos incentivos do adquirente em concorrer com a empresa objeto, uma vez que ela passa a participar dos lucros por esta aferidos;
>
> a facilitação de acertos colusivos entre a empresa adquirente e a empresa objeto.
>
> A potencialidade de ocorrência desses efeitos é exacerbada quando a participação societária confere ao adquirente direitos de indicar membros para a Diretoria, para o Conselho de Administração ou para o Conselho Fiscal, uma vez que tais órgãos têm – por sua própria natureza – acesso a informações concorrencialmente sensíveis da empresa objeto.
>
> [...]
>
> Os problemas concorrenciais oriundos de participações minoritárias detidas por empresas em seus concorrentes são, portanto, claríssimos, em especial quando conferem direitos de indicação de membros para órgãos administrativos ou de fiscalização da sociedade objeto. [...]

> Também é claro que a legislação societária não apresenta respostas suficientes para as preocupações relativas à preservação da ordem econômica, já que não é para esse fim que os institutos do direito societário foram desenhados. Nesse sentido, não se pode esperar – como sugere a CSN – que o dever de lealdade dos administradores para com os interesses da companhia seja suficiente para evitar prejuízos à ordem concorrencial.
>
> [...]
>
> Obviamente, a aquisição de participações minoritárias entre rivais não implica necessariamente a existência de problemas concorrenciais. Para se concluir pela configuração ou não de danos à ordem econômica, deve-se avaliar uma série de fatores, como a estrutura do mercado afetado, a possibilidade de ocorrência de condutas anticompetitivas unilaterais ou coordenadas e a eventual existência de eficiências.

Na verdade, mesmo as participações societárias passivas, que não geram poder de controle ou mesmo influencia relevante, podem gerar efeitos anticompetitivos, circunstância que deve ser aferida em cada caso não mais no momento do conhecimento da operação, mas sim por ocasião do julgamento do mérito do ato notificado.

Vale registrar, dada a pertinência com a questão, o seguinte trecho do voto proferido pelo Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no AC nº 08012.008415/2009-41:

> Isso não significa dizer, contudo, que participações societárias só serão passíveis de gerar efeitos anticompetitivos quando outorgarem ao sócio ao menos uma influência societária relevante sobre as decisões da empresa alvo. A má aplicação dos precedentes do CADE aqui citados comumente gera alegações no sentido de que participações societárias só alteram as condições concorrenciais de um mercado quando o sócio detentor do capital tiver o poder de influenciar, internamente, o comportamento da empresa, influenciando sua conduta no mercado. E isso não é verdade. Participações societárias minoritárias e sem influencia relevante, em alguns casos, podem gerar graves efeitos anticoncorrenciais, especialmente quando envolvem a aquisição de capital acionário de rivais.

[...]

> Em suma, portanto, e a depender das características de cada mercado, da distribuição das participações societárias entre os agentes e de outros fatores passíveis de análise, é plenamente possível que a aquisição de uma participação societária, mesmo que minoritária e sem influência relevante, gere efeitos anticompetitivos.
>
> Tal conclusão não ilide o fato, aqui já aceito, de que: (i) a aferição de influência relevante é suficiente para se verificar a composição de um grupo econômico; e (ii) como consequência, tal aferição é suficiente para a análise de conhecimento ou não conhecimento de um ato de concentração, já que, como explanado anteriormente, estará, necessariamente, se tratando de operações que não implicam participação de mercado superior a 20% e que envolvem grupos cujos faturamentos, à exceção da empresa em que detêm participação minoritária e sem influência relevante, são inferiores a R$ 400 milhões (assim, mesmo que a empresa na qual o grupo detiver participação minoritária e sem influencia relevante for um rival, evidencia-se que estaremos diante de um mercado pequeno, mercado esse que, segundo os critérios de notificação do art. 54, §3º, não deve sofrer uma intervenção *ex ante* do órgão antitruste).
>
> 26. Operações mais vultosas, em regra, se enquadrarão nos critérios de notificação da Lei, mesmo que se desconsidere os faturamentos das empresas nas quais o grupo participante detenha participação sem influência relevante. Nesses casos sim, uma vez conhecida a operação, será relevante analisar se essas participações societárias, ainda que minoritárias e sem influência relevante, podem gerar efeitos anticompetitivos. A análise concorrencial de mérito (e não de conhecimento) poderá demonstrar no caso concreto, portanto, que determinada participação societária minoritária do participante do ato em uma dada empresa gera um efeito anticompetitivo, ainda que não se considere que essa empresa faz parte do grupo econômico do participante.

De tudo o quanto foi exposto, pode-se seguramente afirmar que o tema relativo à "influência relevante" esteve, ao longo da jurisprudência do CADE, diretamente relacionado tanto ao conhecimento de operações quanto à análise dos impactos anticoncorrenciais delas resultantes. Isso quer dizer que o instituto em referência assume indiscutível importância

para o sistema antitruste tanto por ocasião do conhecimento da operação quanto na análise do mérito do ato pelo CADE.

Disso resulta a impossibilidade de se interpretar os termos da Resolução nº 02/2012 de forma dissociada da construção jurisprudencial levada a efeito pelo CADE em torno da matéria. Com efeito, o conceito de "influência relevante" permitiu a construção de uma noção de poder de controle, ou de controle antitruste, mais própria e específica ao direito concorrencial do que aquela correspondente ao "controle acionário", fornecida pelo direito societário.

Pensar de forma diversa acabaria por desconstruir toda a evolução jurisprudencial firmada pelo CADE em torno da matéria.

Diante das considerações expostas, cumpre examinar o conhecimento ou não da operação a partir da análise conjugada dos termos da Lei nº 12.529/2011, da Resolução nº 02/2012 e do instituto da "influência relevante".

É o que se passa a fazer a partir do presente momento.

DA SUBSUNÇÃO DA OPERAÇÃO AOS CRITÉRIOS DE NOTIFICAÇÃO OBRIGATÓRIA DEFINIDAS PELA NOVA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE, A PARTIR DO EXAME RELATIVO À EXISTÊNCIA OU NÃO, EM CONCRETO, DE "INFLUÊNCIA RELEVANTE" DECORRENTE DO ATO NOTIFICADO

(VERSÃO CONFIDENCIAL)

Pode-se concluir, assim, que o faturamento dos grupos econômicos envolvidos na operação superou os limites mínimos fixados pelo artigo 88, incisos I e II, da Lei nº 12.529/2011, reajustados pela Portaria Interministerial nº 994/2012, na forma autorizada pelo §1º do referido dispositivo legal.

Ainda à luz dos ditames da Lei nº 12.529/2011, vale registrar que a presente operação amolda-se formalmente aos ditames fixados no artigo 90, inciso II, do referido diploma legal, assim transcrito:

> Art. 90 – Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:
>
> II – 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários

> conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas.

Por ocasião da regulamentação da expressão *"controle ou partes de uma ou outras empresas"*, a Resolução/CADE nº 02/2012 estabeleceu os seguintes critérios definidores da obrigatoriedade ou não da aquisição de participações acionárias:

> Art. 9° As aquisições de participação societária de que trata o artigo 90, II, da Lei 12.529/2011 são de notificação obrigatória, nos termos do art. 88 da mesma lei, quando:
>
> I – Acarretem aquisição de controle;
>
> II – Não acarretem aquisição de controle, mas preencham as regras *de minimis* do artigo 10; ou
>
> III – Sejam realizadas pelo controlador, na hipótese disciplinada no artigo 11.
>
> Art. 10 Nos termos do artigo 9°, II, são de notificação obrigatória ao CADE as aquisições de parte de empresa ou empresas que confiram ao adquirente o status de maior investidor individual, ou que se enquadrem em uma das seguintes hipóteses:
>
> I – Nos casos em que a empresa investida não seja concorrente nem atue em mercado verticalmente relacionado:
>
> a) Aquisição que confira ao adquirente titularidade direta ou indireta de 20% (vinte por cento) ou mais do capital social ou votante da empresa investida;
>
> b) Aquisição feita por titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital social ou votante, desde que a participação direta ou indiretamente adquirida, de pelo menos um vendedor considerado individualmente, chegue a ser igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.
>
> II Nos casos em que a empresa investida seja concorrente ou atue em mercado verticalmente relacionado:

> a) Aquisição que conferir participação direta ou indireta de 5% (cinco por cento) ou mais do capital votante ou social;
>
> b) Última aquisição que, individualmente ou somada com outras, resulte em um aumento de participação maior ou igual a 5%, nos casos em que a investidora já detenha 5% ou mais do capital votante ou social da adquirida.
>
> Parágrafo único. Para fins de enquadramento de uma operação nas hipóteses dos incisos I ou II deste artigo, devem ser consideradas: as atividades da empresa adquirente e as atividades das demais empresas integrantes do seu grupo econômico conforme definição do artigo 4° dessa Resolução.
>
> Art. 11 Nos termos do artigo 9°, III são de notificação obrigatória ao CADE as aquisições de participação societária realizadas pelo controlador quando a participação direta ou indiretamente adquirida, de pelo menos um vendedor considerado individualmente, chegue a ser igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

A análise do caso concreto bem revela que, sob o ponto de vista formal e societário, não houve aquisição de controle, que pudesse ensejar a aplicação do artigo 9º, inciso I, da resolução em referência.

(VERSÃO CONFIDENCIAL)

Ocorre que, como acima afirmado, o conceito de controle assume, no âmbito do direito antitruste, contornos próprios e específicos em relação àquele fornecido pelo direito societário. É justamente no âmbito do conceito de controle à luz do direito antitruste que deve ser adotado o conceito de influência relevante.

Dessa forma, ao estabelecer, como critério de notificação obrigatória, a aquisição de controle decorrente de operação, o inciso I do artigo 9º da Resolução nº 02/2012 não se limita ao controle societário de uma empresa (artigos 116 e 243, §2º, da Lei nº 6.404/1976), devendo ser interpretado no sentido de aquisição de controle antitruste, o que inclui a necessidade de verificar a existência ou não de influencia relevante em cada operação, ainda que esta evidencie apenas a aquisição de participação minoritária.

Daí porque o referido dispositivo, ao tratar da aquisição de controle, deve compreender tanto o controle acionário, exercido de forma isolada ou compartilhada, quanto o controle antitruste, relacionado à existência de influência relevante resultante da operação.

Nesse ponto, vale observar que a influencia relevante e o poder de controle acionário compreendem, conjuntamente, o conceito de "participações societárias ativas". Essa é a conclusão que resulta da análise do seguinte trecho do voto proferido pelo Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo por ocasião do julgamento do AC nº 53500.012487/2007:

> 39. Diz-se que um *sócio possui poder de controle sobre uma sociedade quando for titular de direitos que lhe assegurem preponderância nas decisões da empresa. Caso o sócio não possa, individualmente, controlar as decisões da empresa, mas possa, por exemplo, vetar ou impedir que outros sócios o façam, sendo necessário sua concordância para orientar o comportamento da empresa, diz-se que esses sócios gozam de poder de controle compartilhado. Embora o poder de controle normalmente diga respeito ao sócio detentor de capital superior a 50%, é possível, em determinados casos, que sócios minoritários controlem uma sociedade.*
>
> 40. Há casos, outrossim, nos quais um ou mais sócios *não detêm o poder de controlar, isolada ou conjuntamente, o comportamento de uma sociedade*, mas são capazes de exercer, ainda assim, uma influência relevante sobre as decisões da empresa, ainda que só detenham ações minoritárias.
>
> 41. Segundo estabelecido pelo CADE nos autos do AC nº 08012.010293/2004-48 (Ideiasnet e Flynet), e em outros que lhe seguiram, 'constata-se influencia relevante do ponto de vista concorrencial sempre que, a partir da união dos centros decisórios em áreas específicas e estratégicas, seja possível presumir um comportamento cooperativo entre as empresas, o qual não pressupõe a titularidade da maioria das ações votantes. Embora tenha reconhecido inexistirem critérios estritamente objetivos para aferir o exercício de influencia relevante por parte de um sócio, o Conselheiro Ricardo Cueva, na ocasião, indicou que a identificação dessa influência relevante poderia ser feita pelo exame, no caso concreto: (i) do interesse do sócio em intervir na atuação da empresa no mercado e (ii) da possibilidade e efetividade dessa intervenção. Tal análise deveria levar em conta diversos fatores, como a possibilidade

> de eleger membros do Conselho de Administração e da Diretoria, a dispersão das ações, o exercício de influência nas Assembleias Gerais, a existência de acordo de acionistas e as previsões estatutárias, dentre outros. Se a análise desses ou quaisquer outros fatores demonstrarem a possibilidade de a firma influenciar a atuação da empresa alvo no mercado, há influência relevante.
>
> 42. Participações societárias que conferem ao detentor do capital o poder de controle, isolado ou compartilhado, ou o poder de exercer influência relevante sobre o comportamento da sociedade, são participações societárias ativas. Diversamente, participações que não conferirem ao sócio o poder de controlar ou de influenciar de modo minimamente relevante as decisões da empresa, e que representarem, preponderantemente, apenas um meio de acesso aos lucros da sociedade, são consideradas participações societárias passivas.
>
> (...) 45. Para o presente voto, portanto, e preservado o conceito de influência relevante há muito construído pelo CADE, entende-se que *uma participação societária pode: (i) dar ao acionista o poder de controle sobre a firma, isolado ou compartilhado; (ii) dar ao acionista o poder de influencia relevante sobre a empresa;* ou (iii) ser uma participação societária passiva; nesse caso, porém, pode-se falar em participações passivas (iii.a) com possibilidade de acesso a informações sensíveis e (iii.b) sem possibilidade de acesso a informações sensíveis." (grifei).

É justamente esse conceito mais amplo de controle, específico do direito concorrencial, que deve pautar a interpretação do artigo 9º, inciso I, da Resolução/CADE nº 02/2012.

Além de atender à teleologia da norma, tal interpretação mostra-se coerente, como já afirmado, com a jurisprudência sedimentada pelo CADE em torno da matéria.

Quer-se dizer com isso que a participação minoritária pode estar associada à possibilidade de exercício de influência relevante na sociedade, de modo a restar caracterizada a existência de concentração econômica, nos termos do artigo 90, inciso II, da Lei nº 12.529/2011, c/c o artigo 9º, inciso I, da Resolução/CADE nº 02/2012.

Ademais, como já afirmado, não se pode deixar de registrar que o conceito de influência relevante possui inegável pertinência também na verificação da abrangência do grupo econômico envolvido na operação.

Dessa forma, permanecem perfeitamente aplicáveis as orientações construídas pelo CADE em torno da matéria, no que diz respeito à aplicação desse instituto também por ocasião da interpretação do artigo 4º da Resolução/CADE nº 02/2012. Vale lembrar que, na linha dos precedentes jurisprudenciais já citados, o conceito de grupo econômico deve ser compreendido a partir da análise antitruste, e não sob o prisma do direito societário.

Dessa forma, o instituto da influência relevante assume considerável importância, inclusive, na aplicação dos incisos I e II do artigo 10 da Resolução/CADE nº 02/2012, por força do que dispõe o seu parágrafo único, que assim estatui:

> Parágrafo único. Para fins de enquadramento de uma operação nas hipóteses dos incisos I ou II deste artigo, devem ser consideradas: as atividades da empresa adquirente e as *atividades das demais empresas integrantes do seu grupo econômico* conforme definição do artigo 4º dessa Resolução.

Se o conceito de influencia relevante ganha especial importância por ocasião da análise da abrangência de um grupo econômico, é certo que tal instituto pode ser levado em consideração tanto na apreciação do faturamento correspondente quanto na aferição da existência de sobreposição horizontal ou de integração vertical entre os grupos econômicos envolvidos.

De tudo o quanto foi exposto, tem-se que, mesmo com o advento da Resolução nº 02/2012, o conceito de influência relevante permanece perfeitamente aplicável:

a) por ocasião da verificação da abrangência do conceito de grupo econômico, nos termos do artigo 4º, c/c artigo 10, incisos I e II, ambos da Resolução/CADE nº 02/2012;

b) para fins de definição da aquisição de controle, nos termos do artigo 9º, inciso I, da referida resolução;

c) ao tempo do exame dos efeitos anticoncorrenciais resultantes de determinada operação conhecida.

Firmadas essas premissas, cumpre verificar a existência ou não de influência relevante resultante da operação ora apreciada.

(VERSÃO CONFIDENCIAL)

Tais cláusulas, reunidas apenas a título exemplificativo, bem demonstram o exercício de influencia relevante do GRUPO BNDES sobre a PRATICAPAR, mesmo sem a existência de participação acionária suficiente para lhe garantir o controle da companhia à luz do direito societário.

Trata-se de controle que, analisado sob o prisma antitruste, legitima o conhecimento da operação, à luz do que dispõe o artigo 90, inciso II, da Lei nº 10.529/2012 c/c artigo 9º, inciso I, da Resolução/CADE nº 12/2012.

CONCLUSÃO

Com tais considerações, esta Procuradoria Federal manifesta-se, com base no artigo 90, inciso II, da Lei nº 12.529/2011 c/c artigo 9º, inciso I, da Resolução/CADE nº 02/12, *pelo conhecimento da operação.*

É o parecer. À apreciação superior.

Brasília-DF, 13 de setembro de 2012.

Daniel Gustavo Santos Roque
Procurador Federal

De acordo.

Brasília,

Cristina Campos Esteves
Coordenadora de Estudos e Pareceres
Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE