

# 10

## O CONTROLE EMPRESARIAL EXTERNO NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

*External control in Antitrust Law*

Angelo Gamba Prata de Carvalho<sup>1</sup>

### RESUMO

Muitas vezes ignorado ou até rechaçado pela doutrina brasileira e com escassas referências no direito positivo, o controle externo consiste no exercício do poder de controle por entidade estranha à comunhão societária. Apesar de o Direito da Concorrência fazer menção expressa a tal fenômeno, não estabelece disciplina específica. É preciso, portanto, desenvolver critérios minimamente consistentes para que sejam evitados reducionismos excessivos e seja preservada a função econômica dos contratos analisados, para que então seja possível compreender a sua real função na organização dos mercados.

**Palavras-chave:** Poder de controle; Controle externo; Controle de estruturas.

### ABSTRACT

Usually ignored or even repelled by Brazilian legal scholars and with limited references in the positive law, external control stands for the enforcement of corporate power by a non-shareholder entity. This phenomenon is commonly mentioned by Antitrust Law, but there is no specific body of norms for that. It is necessary, therefore, to structure minimally consistent criteria in order to avoid excessive reductionisms and to preserve the economic function of contracts, so that it is possible to understand their real role on the organization of markets.

**Keywords:** Control power; External control; Merger control.

**Classificação JEL:** K12; K21

**Sumário:** 1. *Introdução*; 2. *Caracterização do controle externo: da autoridade externa à dominação*; 3. *A necessária construção de critérios consistentes para a identificação do controle externo: a relevância da política financeira*; 4. *O controle externo no Direito da Concorrência: abordagem crítica do posicionamento do Cade sobre a matéria*; 5. *Considerações finais*.

## 1. INTRODUÇÃO

Diante da inventividade dos agentes econômicos e da acelerada dinâmica dos mercados, a

<sup>1</sup> Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Professor voluntário da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Vice-líder do Grupo de Estudos Constituição, Empresa e Mercado (GECEM/UnB). E-mail: angelogpc@gmail.com

efetividade do controle prévio de concentrações depende fundamentalmente da existência de ferramentas de análise capazes de dar efetividade ao princípio da primazia da realidade sobre a forma no Direito da Concorrência, sob pena de arranjos contratuais e societários sofisticados servirem simplesmente para ocultar o verdadeiro titular do poder econômico. Evidentemente que o próprio Direito da Concorrência traz consigo instrumentos destinados a coibir o abuso de poder econômico e a concentração nos mercados, de tal maneira que o simples fato de existir poder não significa que as instituições ficarão rendidas à força dos grandes agentes. No entanto, a consecução desse objetivo exige constante atenção não apenas às formas jurídicas de estruturação do poder econômico, mas também a mecanismos factuais de exercício de poder.

O poder de controle societário, nesse sentido, é campo fértil para a estruturação jurídica de situações de fato que decorrem diretamente do exercício do poder econômico. Em *O poder de controle na sociedade anônima*, Fábio Konder Comparato<sup>2</sup> analisa, com riqueza de detalhes, a noção de poder de controle no direito brasileiro e o sentido que o conceito adquire em suas mais variadas formas, a repercutir diretamente sobre a responsabilização dos gestores das sociedades por ações. De fato, o principal foco de seu trabalho é o chamado controle *societário* ou *interno*, porém o autor descreve também outro relevante fenômeno: o controle externo.

A partir do momento em que a obtenção de retornos financeiros de curto prazo – objetivo central da fase atual do capitalismo<sup>3</sup> –, a estruturação de arranjos societários complexos passa a ser excessivamente onerosa para os agentes econômicos, que buscam novos canais de obtenção de ganhos financeiros que, ao mesmo tempo, garantam-lhes lucratividade e flexibilidade na condução dos negócios. Assim, a empresa verticalizada ou mesmo os arranjos societários complexos dão lugar a arranjos contratuais por meio dos quais uma das partes detém fundamentalmente o controle sobre a atividade financeira da outra. Não é sem motivo que, no âmbito da Resolução n. 2/2012 do Cade, a definição de grupo econômico envolve “as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo”.

O próprio Cade reconhece, por conseguinte, que o controle se estrutura por formas distintas daquela verificável na titularização de participações societárias, notadamente por meio do chamado controle não-societário ou externo. Acontece que a definição de controle externo não é aprofundada no aludido ato normativo, de sorte que a aplicação da Resolução está condicionada à utilização, pelo Cade, de parâmetros oriundos de outros ramos do Direito para preencher as lacunas normativas e conceituais existentes em suas normas. Mesmo no Direito Societário a construção dogmática da noção de controle externo ainda é recente e, portanto, faz-se necessária a estruturação de parâmetros minimamente seguros para a aplicação do instituto no Direito da Concorrência.

Por esse motivo, e por se tratar de instituto constantemente ventilado pela jurisprudência do Cade, para além de ser mencionado pela Resolução n. 2/2012, o presente trabalho pretende delinear os principais contornos do controle externo para o Direito da Concorrência, analisando os precedentes recentes do Cade e buscando propor critério operacional para a identificação do fenômeno. Para tanto, deve-se necessariamente passar não somente pela delimitação dogmático-formal de

2 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

3 FLIGSTEIN, Neil. **The transformation of corporate control**. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 226-227.

conceitos jurídicos, mas também pela discussão sobre as formas de manifestação do poder econômico na atualidade, indispensável à análise antitruste para que sejam adequadamente endereçadas as repercussões do controle externo.

## 2. CARACTERIZAÇÃO DO CONTROLE EXTERNO: DA AUTORIDADE EXTERNA À DOMINAÇÃO

A partir de determinado ponto de integração econômica entre agentes autônomos, a análise dos vínculos entre eles deixa de ser puramente jurídica para dar lugar a uma busca por coesão social<sup>4</sup>. Não é sem motivo que a análise das formas de organização da atividade econômica não mais se satisfaz com a investigação sobre atos societários ou outros elementos capazes de formalmente atestar a capacidade de determinado agente exercer poder sobre outros, mas exige principalmente que se passe a perquirir a existência de poderes de fato em lugar de se buscar presunções legais de exercício de poder de controle por intermédio da dominação dos órgãos das sociedades também por vínculos não-societários.

O poder de controle, assim, se verifica a partir de seu exercício efetivo, o que, por mais que ocorra de forma mais corriqueira como decorrência da titularização de participações societárias, passa a se apresentar também em modalidade contratual a partir da “explosão da contratualização dos processos produtivos”<sup>5</sup> constatada na atualidade. Daí dizer Fábio Konder Comparato que, nesses casos, “o controlador [...] não é necessariamente membro de qualquer órgão social, mas exerce o seu poder de dominação *ab extra*”<sup>6</sup>. É preciso, pois, verificar a partir de que momento a influência fática pode traduzir-se em poder de controle, com todos os efeitos jurídicos daí decorrentes, sobretudo no que diz respeito aos efeitos concorrenciais.

Nesse sentido, pontua Messineo que a interferência de terceiros sobre sociedades empresárias constituiria talvez a característica mais original da vida econômica contemporânea: uma espécie de controle no qual conserva-se a independência jurídica entre as sociedades e que, porém, suprime ou mitiga a sua independência econômica<sup>7</sup>. Isso porque, em que pese a naturalidade com que relações de autoridade são instauradas em relações societárias, estas geralmente estão fundadas em hierarquias que, conforme intuiu Coase, consistem em estruturas organizacionais capazes de alocar recursos e tomar decisões de maneira a reduzir custos de transação, em virtude das quais sujeitos que poderiam operar autonomamente no mercado optam por sujeitar-se ao poder diretivo de outrem<sup>8</sup>.

Quando se fala em controle externo, porém, não se está a falar de hierarquia em seu sentido estrutural, mas de relações de autoridade sobre ente autônomo que podem tanto produzir

4 CLAEYS, Stijn. **Franchising**: tussen zelfstandigheid en afhankelijkheid: een onevenwichtige samenwerking? Brugge: Business and economics, 2009. p. 84.

5 ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 244-245.

6 COMPARATO; Salomão Filho, Op. cit., p. 89.

7 MESSINEO, Francesco. **Studi di diritto delle società**. Milão: Giuffrè, 1949. p. 195-196.

8 COASE, Op. cit., 1937, p. 387-388.

subordinação quanto partir de vínculo de coordenação<sup>9</sup>. De acordo com Claude Ménard<sup>10</sup>, a relação hierárquica é fundada em assimetrias não negociáveis e na capacidade de comandar sujeitos subordinados, ao passo que a autoridade consiste na delegação, por entidades juridicamente distintas, do poder de decisão sobre uma classe de ações que lhes caberiam. De outro lado, ainda que não haja propriamente subordinação, mas sim a orientação voluntária dos entes relacionados em torno de uma finalidade comum, é necessário algum grau de autoridade para manter hígida a coordenação entre os agentes. É a autoridade que, congregando confiança e liderança, será capaz de instaurar a ordem privada que regulará a relação entre as entidades autônomas<sup>11</sup>.

Não sem motivo, assevera Carlo Pasteris que nem toda autoridade ou influência externa se traduz em controle externo. De acordo com o autor, exige-se, para a configuração do controle externo, uma influência de ordem econômica que atinja toda a atividade desenvolvida pela empresa controlada, pela permanência do estado de subordinação (ou coordenação) e pela impossibilidade de a empresa controlada ignorar tal influência sem sofrer sanções ou prejuízos substanciais<sup>12</sup>.

No entanto, apesar da adequação da posição de Pasteris segundo a qual nem toda autoridade manifestada por instrumentos não societários configura controle externo – considerando que se faz necessária a constatação de dominação estrutural da sociedade controlada –, não parece razoável supor que o controle externo teria necessariamente que se assemelhar ao controle interno no tocante à sua abrangência: tendo em vista o fenômeno da desagregação da empresa, o controle externo pode e deve ser considerado também de maneira localizada, de modo a alcançar, por exemplo, apenas determinados setores da empresa<sup>13</sup>. Isso porque, considerando que se está a tratar de novas dinâmicas de exercício do poder econômico decorrentes de novas formas de organização da atividade econômica, não faria sentido analisá-las sob as lentes do passado.

Por certo, o controle externo não consiste em *mera* influência ou *mera* autoridade, mas sim em poder de dominação por meio do qual um determinado agente econômico pode definir a política financeira de uma dada sociedade. Trata-se de noção bastante semelhante à construída por Champaud, para quem o controle se constrói a partir da concentração da autoridade sobre os bens de uma sociedade, sendo definido a partir de três postulados fundamentais: (i) o controle é o direito de dispor dos bens de outro como proprietário; (ii) controlar uma empresa é deter o controle dos bens afetados a suas atividades, de tal maneira a dirigir a sua atividade econômica; e (iii) controlar uma sociedade é deter o controle sobre os bens sociais, de tal maneira a definir as atividades da empresa como um todo<sup>14</sup>. Naturalmente, a definição de Champaud é bastante ampla e tem por objetivo tratar

9 PRATA DE CARVALHO, Angelo. **Controle empresarial externo**: a intervenção sobre a política financeira como critério de responsabilização do controlador. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 130-131.

10 MÉNARD, Claude. Le pilotage des formes organisationnelles hybrides. **Révue économique**. v. 48, n. 3, p. 741-750, maio 1997.

11 Ver: PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba. A função regulatória dos contratos: regulação e autonomia privada na organização do poder econômico. **Revista de direito setorial e regulatório**. v. 5, n. 1, p. 91-114, 2019.

12 PASTERIS, Carlo. **Il controllo nelle società collegate e le partecipazioni reciproche**. Milão: Giuffrè, 1957. p. 31-32. Ver também: PEREIRA, Guilherme Döring da Cunha. **Alienação do poder de controle acionário**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 14-15.

13 PRATA DE CARVALHO, Op. cit., 2020, p. 132.

14 CHAMPAUD, Claude. **Le pouvoir de concentration de la société par actions**. Paris: Librairie Sirey, 1962. p. 161.

também do controle interno, motivo pelo qual a sua especificação para a definição de controle externo parece adequada às finalidades do presente trabalho.

A convivência do fenômeno da autoridade conforme acima descrita com a autonomia das partes pode ser verificada nas chamadas formas híbridas, como é o caso dos contratos empresariais de colaboração, nos quais as partes se engajam em relação cooperativa bastante intensa, muitas vezes caracterizada pela dependência econômica e por certa ingerência administrativa de uma parte sobre a outra, porém ainda mantendo interesses contrapostos<sup>15</sup>. Tal elemento fica bastante claro nos contratos de franquia, nos quais muito embora se garanta aos franqueados proteção decorrente de sua independência jurídica perante o franqueador, o próprio sucesso da relação econômica ali travada depende de uma certa coerência comercial baseada na cooperação efetiva entre os agentes<sup>16</sup> – o que, em última análise, por mais que tal finalidade seja orientada pela garantia da eficiência e qualidade da atividade exercida pelo franqueado, pode redundar no exercício de poder de controle externo<sup>17</sup>.

É importante salientar, ainda, que o controle externo normalmente constitui opção substancialmente menos custosa do que a organização de estruturas societárias hierárquicas, por mais que seja capaz de produzir efeitos muitas vezes análogos aos das hierarquias<sup>18</sup>. Isso não apenas porque se trata de relação de poder estabelecida faticamente ou, em última análise, do que Macaulay denomina por articulação de elementos contratuais e não-contratuais<sup>19</sup> (isto é, vínculos jurídicos permeados por relações de poder fático), mas por se tratar de relação de autoridade que prescinde do caráter abarcante que é próprio do controle interno, podendo aproveitar-se da compartimentalização e da desagregação empresarial para dominar departamentos específicos em contextos bem determinados. Daí a razão em virtude da qual, para além da subordinação, pode-se perfeitamente vislumbrar relações de coordenação instauradas a partir do controle externo.

Nesse sentido, sobretudo sob a ótica do Direito da Concorrência, tal percepção é fundamental para que se compreenda que o controle externo é também uma ferramenta de organização da atividade econômica e, por conseguinte, de redução dos custos de transação que decorreriam normalmente de estruturas hierárquicas, aproveitando-se da articulação entre normas dispositivas – já que a autonomia privada deve permear tais relações –, normas imperativas – já que não podem os agentes econômicos furtarem-se à observância de normas cogentes – e estruturas sociais para construir mecanismo capaz de, a um lado, assegurar que os objetivos das partes sejam efetivamente alcançados, e, a outro, garantir a adequada correlação entre poder e responsabilidade, inclusive for-

15 PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba. Os contratos híbridos como categoria dogmática: características gerais de um conceito em construção. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, n. 19, p. 181-229, jul./set. 2016.

16 CLAEYS, Op. cit., p. 155.

17 ALLAM, Delila. Les raisons d'être de la franchise dans les transactions de services aux entreprises. **Management & avenir**. n. 22, p. 137-154, 2009.

18 PRATA DE CARVALHO, Op. cit., 2020, p. 135.

19 MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminary study. **American Sociological Review**. v. 28, n. 1, p. 55-67, fev. 1963.

necendo meios instrumentais para tanto<sup>20</sup>.

O desafio de firmar o controle externo como mecanismo de gestão transparente e aberto ao escrutínio dos sujeitos envolvidos requer necessariamente o estabelecimento de elementos objetivos para sua identificação. Nesse sentido, pontua Pasteris que o controle externo pode ser identificado mediante a constatação de situação de predomínio (subordinação), de conexão de interesses (coordenação) ou de direcionamento da atividade de um sujeito sob pena de o afetado ou ter suas atividades interrompidas ou sofrer graves prejuízos (igualmente, subordinação)<sup>21</sup>. Não obstante, cabe repisar, a excessiva objetivação dos elementos constitutivos do controle externo (e, em verdade, do controle em geral) pode deixar de lado características fáticas de grande relevância para a apreensão de tal fenômeno a partir de seu ponto de vista funcional, motivo pelo qual o direito contemporâneo tende a identificar a empresa plurissocietária a partir de cláusulas gerais e preceitos abertos como a direção unitária ou a dependência econômica<sup>22</sup>.

Tal constatação não é estranha sequer ao conceito mais geral de poder de controle, a justificar o posicionamento do controle externo não como modalidade *sui generis* de exercício do poder econômico, mas como subespécie de poder de controle. Daí dizer Herman que o controle, de maneira ampla, pode ser definido pela ocupação de posição estratégica capaz de garantir o exercício de poder sobre outrem: seja mediante a construção de boa credibilidade e boa reputação (no caso do controle gerencial); seja mediante a aquisição, por parte de um sócio preexistente, a partir de direitos de preferência, de participação societária que lhe garanta o controle majoritário; ou, ainda, no caso do controle externo, pela celebração de contratos de financiamento de empreendimentos estratégicos por grandes agentes econômicos, como bancos ou fundos de investimento<sup>23</sup>.

Contudo, apesar da relevância do poder econômico que se encontra por detrás do controle externo, a ausência de elementos dogmáticos consistentes para a identificação desse fenômeno pode levar, sobretudo no Direito Societário, a situações nas quais, em que pese a constatação de exercício de poder de fato, nega-se o controle externo em virtude da ausência de previsão legal. No caso do Direito da Concorrência, apesar de haver previsão normativa do controle externo, a falta de um enquadramento consistente do conceito pode levar também a relevantes distorções que, em lugar de ignorar exercícios concretos de poder de fato, expandem demasiadamente o conceito para conduzir à formação de grupo econômico.

No que diz respeito à primeira hipótese, pode-se mencionar acórdão do Superior Tribunal de Justiça prolatado em 1991, no qual litigavam a Rede Globo e sua afiliada TV Aratu, em virtude da denúncia de contrato que autorizava a reprodução do conteúdo produzido pela primeira na área de atuação da segunda, levando ao completo encerramento de suas atividades. Na ocasião, em que pese se tenha destacado inclusive como “simpática” a tese exposta por Fábio Konder Comparato em

20 SCOGNAMIGLIO, Giuliana. I gruppi e la riforma del diritto societario. **Rivista di politica economica**. v. 92, n. 9, p. 253-277, 2002

21 PASTERIS, Op. cit., pp. 37-38.

22 SCOGNAMIGLIO, Giuliana. Clausole generali, principi di diritto e disciplina dei gruppi di società. **Orizzonti del diritto commerciale**. v. 1, 2018.

23 HERMAN, Edward S. **Corporate control, corporate power: a twentieth century fund study**. Cambridge: Cambridge University Press, 1981. p. 26-27.

parecer acostado aos autos de que haveria controle externo e, por conseguinte, responsabilidade da Rede Globo<sup>24</sup>, entendeu o STJ, na trilha do voto do Ministro-Relator, que inexistiria no direito brasileiro hipótese de controle não societário.

Da mesma maneira, ao analisar a influência dominante da União sobre um fundo de investimento composto exclusivamente por fundos de pensão de empresas estatais, entendeu o Tribunal de Contas da União que “não há jurisprudência que dê suporte ao chamado ‘controle societário externo’, uma modalidade de controle societário defendida por parte dos doutrinadores e que se apoia no conceito de influência dominante”<sup>25</sup>.

De fato, o reducionismo da legislação societária brasileira ao deixar de tratar expressamente do controle externo – e, por conseguinte, ao adotar conceitos estritos de acionista controlador no artigo 116 da Lei das S/A e de sociedade controlada no artigo 243, § 2º, do mesmo diploma – prejudicam em grande medida a construção de critérios objetivos de constatação de tal fenômeno e, conseqüentemente, de regime de responsabilidade proporcional ao poder exercido<sup>26</sup>. Diante disso, as economias de custos de transação decorrentes da estruturação de controle externo tornam-se verdadeiramente nefastas, já que se aproveitam de zona de penumbra da legislação para controlar outras sociedades sem a observância de deveres e mesmo sem o devido regime de responsabilidade<sup>27</sup>.

A falta de maior amadurecimento do conceito no âmbito do Direito Societário, nesse sentido, acaba por conduzir a um cenário de ausência de critérios que ou conduz à mencionada conclusão pela inexistência do instituto no direito brasileiro ou a cenário no qual o conceito é enunciado, mas não detalhado. No caso específico do Direito da Concorrência, produz-se situação ainda mais complexa, na medida em que o controle externo é expressamente reconhecido pelo CADE, porém ainda carece de maior detalhamento e desenvolvimento a respeito de seus contornos dogmáticos, notadamente em virtude da ausência de critérios para a sua constatação. Urge, portanto, não somente que se identifique e defina o conceito de controle externo de maneira ampla, como também que se desenvolva critérios operacionais de verificação desse fenômeno, de modo a contribuir para a adequada aplicação da própria legislação concorrencial.

### 3. A NECESSÁRIA CONSTRUÇÃO DE CRITÉRIOS CONSISTENTES PARA

24 Vale destacar alguns dos trechos do parecer de Fábio Konder Comparato colacionados no acórdão do recurso em questão: “Ora, a formação de grupo econômico de subordinação com controle externo implica a atribuição, à empresa controladora, de um status jurídico especial, com deveres e responsabilidades próprios. A empresa controladora passa a responder, perante a controlada, por qualquer manifestação de abuso de controle. Aplica-se à hipótese, pela via analógica, o conjunto de regras constantes dos arts. 116 e 117 da lei de sociedades por ações. [...] Constitui manifestação de abuso de poder de controle a dissolução de um grupo de empresas, pelo controlador, sem nenhuma razão de ordem econômica ou técnica, ou, o que é pior, unicamente para satisfazer os interesses de uma empresa concorrente da controlada” (STJ, Recurso Especial nº 15.247, Relatora Ministro Dias Trindade, 3ª Turma, julgado em 10/12/1991, publicado no Diário de Justiça em 17/02/1992).

25 TCU, Acórdão 1306/2013, Relator Ministro Valmir Campello, Plenário, julgado em 29/05/2013.

26 MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 249.

27 MUSSI, Luiz Faniel Rodrigues Haj; CARVALHO, Ricardo Siqueira. Análise econômica do direito e poder de controle externo nas sociedades anônimas. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **Reflexões acerca do direito empresarial e a análise econômica do direito**. Curitiba: GEDAI, 2014. p. 183.

## A IDENTIFICAÇÃO DO CONTROLE EXTERNO: A RELEVÂNCIA DA POLÍTICA FINANCEIRA

Considerando a relevância do fenômeno do controle externo para a organização da atividade econômica, é preciso que sejam desenvolvidos critérios capazes de minimamente verificar a ocorrência do fenômeno, sem que, de um lado, sejam prejudicados modelos de negócio baseados na cooperação interempresarial, e, de outro, se instaure verdadeiro ambiente de irresponsabilidade organizada<sup>28</sup>. Em que pese seja possível identificar o controle externo em inúmeras situações de fato, faz-se necessário estabelecer o “conteúdo mínimo fundamental para se poder afirmar a respectiva existência”, tendo em vista a ausência de definição geral e operacional do fenômeno, como também ocorre com a direção unitária que serve para qualificar os grupos econômicos<sup>29</sup>.

É evidente que a diferenciação das formas de organização do poder econômico apresenta uma série de desafios para a missão de produzir critérios para a identificação do controle externo, porém já se demonstrou que a transformação da atividade econômica está condicionada pelas amarras institucionais e sociais que a constroem e pelo ímpeto de redução de custos de transação por parte dos agentes econômicos. Certamente que a simples reflexão sobre a alocação adequada dos interesses internos não seria suficiente, sendo necessário estabelecer relações externas razoavelmente estáveis, seja com parceiros comerciais, seja com o mercado como um todo<sup>30</sup>.

Conforme notou Fligstein, a complexidade das estratégias de sobrevivência das empresas produziu novas formas de controle, capazes de gradativamente fornecer lucros estáveis e satisfatórios a partir da diversificação de investimentos e de estruturas, culminando com a concepção financeira do controle, segundo a qual o poder econômico não diz respeito necessariamente ao conhecimento profundo de determinado setor ou mercado, mas é alimentado pelo julgamento quanto à lucratividade de determinado investimento<sup>31</sup>.

Em que pese serem criticáveis algumas das posturas assumidas em virtude do controle financeiro, nomeadamente o raciocínio a curto prazo pela maximização de utilidade, que, no mais das vezes, tende a deixar de lado outros interesses relevantes<sup>32</sup>, tanto a construção histórica e social do controle das sociedades quanto os incentivos econômicos e sociais relacionados à organização da atividade econômica passam pela concepção financeira. Ao se defender que o controle externo é determinado pela intervenção sobre a política financeira, obviamente que não se ignora aspectos sociais, reputacionais, e outros elementos (que podem até se aproximar da irracionalidade<sup>33</sup>) que permeiam a atividade empresarial, porém o que se sustenta é que o critério financeiro é o impulso

28 TEUBNER, Gunther. *Networks as connected contracts* [edição eletrônica]. Oxford: Hart Publishing, 2011.

29 ANTUNES, José Engrácia. **Os grupos de sociedades**: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária. Coimbra: Almedina, 2002. p. 120-121.

30 FLIGSTEIN, Op. cit., 1993, p. 5.

31 FLIGSTEIN, Op. cit., 1993, pp. 29-30.

32 Ver, por todos: FLIGSTEIN, Neil; SHIN, Taekjin. Shareholder value and the transformation of the U.S. Economy, 1984-2000. **Sociological forum**. v. 22, n. 4, p. 399-424, out. 2007.

33 AKERLOF; George; SHILLER, Robert. **Animal spirits**: How Human Psychology Drives the Economy, and Why It Matters for Global Capitalism. Princeton: Princeton University Press, 2009.

fundamental e imprescindível para que determinada relação de dominação possa ser firmada, sob pena de estar a influência de uma sociedade sobre a outra limitada à mera sugestão ou orientação de um agente externo aos gestores de outra sociedade.

O critério da intervenção sobre a política financeira não é estranho ao direito. Isso porque, conforme demonstra Engrácia Antunes<sup>34</sup>, muito embora possa envolver aspectos como uma filosofia geral comum, uma estrutura geral compartilhada, objetivos e estratégias comuns e mesmo uma política geral de funcionamento, a direção unitária que qualifica os grupos econômicos tem por característica fundamental a unidade da política financeira, “o que permite centralizar as decisões relacionadas à afetação dos lucros distribuíveis, à constituição de reservas, às prioridades de investimento, à concessão de créditos e, sobretudo, às fontes de financiamento”<sup>35</sup>.

Nesse sentido, salienta Engrácia Antunes – em raciocínio pertinente aos grupos, mas que evidentemente se aplica também ao controle externo –, ao tratar da direção unitária, que se lhe pode definir: (i) a partir de uma definição ampla, segundo a qual ocorre direção unitária quando há direção central, não somente sobre as finanças, mas sobre qualquer área funcional da gestão das sociedades subordinadas<sup>36</sup>; ou (ii) a partir de uma concepção mais estreita, segundo a qual, por ser a gestão financeira o núcleo da condução das sociedades, sendo inclusive indelegável pelos administradores, somente haverá direção unitária quando as competências de planificação, execução e fiscalização da política financeira do grupo estiverem centralizadas na sociedade-mãe<sup>37</sup>.

Por mais que os *outsiders* clássicos tendam a não interferir na gestão da sociedade com a qual se relacionam, o capitalismo financeiro faz com que, ainda que tais sujeitos sejam formalmente desligados da gestão empresarial, os financiadores surjam como verdadeiro “terceiro poder” na condução dos negócios sociais, sobretudo em grandes contratos de financiamento que excedam os valores considerados normais para a sociedade e, assim, atinjam diretamente a sua política financeira<sup>38</sup>.

No caso do controle externo, igualmente se pode pensar que, de um lado, haverá controle sobre determinada sociedade por parte de um ente externo a partir do momento em que for dado ao segundo definir a política administrativa da primeira; e, de outro, que a dominação ocorrerá apenas se essa influência for capaz de vincular as decisões sobre a política financeira da controlada. Como já se adiantou, entende-se que é a definição da política financeira que importará na instauração de controle externo, especialmente por duas razões fundamentais: (i) a influência administrativa não necessariamente vincula a gestão financeira e, por conseguinte, pode modificar tão somente questões periféricas aos planos de ação mais centrais da sociedade; e (ii) a definição de estratégias administrativas não necessariamente importa em controle, mas tão somente pode levar a relação de dependência econômica que, como já se demonstrou, não é suficiente para instaurar controle externo e é parte integrante dos contratos empresariais de cooperação (nomeadamente os relacionais ou

34 ANTUNES, Op. cit., 2002, pp. 116-117.

35 FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 187-189.

36 ANTUNES, Op. cit., 2002, p. 122.

37 ANTUNES, Op. cit., 2002, p. 121-122.

38 OLIVEIRA, Ana Perestrelo. **Manual de governo das sociedades** [edição eletrônica]. Coimbra: Almedina, 2017. p. 328-332.

híbridos) de maneira geral.

Não obstante, tal compreensão certamente não é pacífica. Isso porque, para além de o Direito Societário brasileiro ainda não ter pacificado uma definição de controle externo e mesmo de, por vezes, taxativamente negar a sua existência, outros ramos do direito que empregam o controle empresarial externo como categoria operacional, como é o caso do Direito da Concorrência, tendem a utilizar critérios excessivamente amplos que não necessariamente se coadunam com a natureza do fenômeno, como se mostrará detidamente no tópico a seguir.

#### **4. O CONTROLE EXTERNO NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: ABORDAGEM CRÍTICA DO POSICIONAMENTO DO CADE SOBRE A MATÉRIA**

##### **4.1. A construção de critérios para a constatação do controle externo no Direito da Concorrência**

O interesse do Direito da Concorrência no controle externo decorre principalmente do regime de notificação prévia de Atos de Concentração e dos requisitos de faturamento mínimo dos *grupos envolvidos* nas operações de concentração econômica, nos termos do artigo 88 da Lei nº. 12.529/2011. Isso porque, constatado o controle externo, configura-se grupo econômico para as finalidades concorrenciais, na medida em que este se caracteriza pela “orientação concorrencial central definida na cúpula do referido grupo, seja qual for sua forma de constituição, da qual se espera cumprimento pelos demais integrantes daquele agrupamento de sociedades”<sup>39</sup>. Dessa maneira, a extensão dos grupos econômicos das sociedades interessadas pode ser bastante incrementada se consideradas as sociedades externamente controladas, inclusive em virtude do § 1º, I, do art. 4º da Resolução nº. 2/2012, do Cade, segundo o qual considera-se integrantes do grupo econômico “as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo”.

O que se pretende demonstrar a partir da exposição dos principais aspectos dos casos que chegaram ao Cade e que foram associados à noção de controle externo é que o Direito da Concorrência ainda carece de uma definição consistente para o fenômeno, notadamente em virtude do fato de que pode haver dependência econômica e mesmo outros indícios de direção unitária sem que haja efetiva dominação não-societária. É claro que a constatação desses indícios deve ocorrer em concreto, sobretudo para que se verifique se a formação de grupo econômico é constatação consistente com as condições econômicas e financeiras em que se dá a operação em questão. A complexidade desse tipo de análise ainda aumenta quando se acolhe a premissa que, na atualidade, uma miríade de arranjos contratuais é pautada na dependência econômica – sem que necessariamente essa dependência se traduza em dominação.

Pontua Champaud, nesse sentido, que pode ser interessante a estruturação de um sistema de indícios de dependência destinados a evidenciar manifestações efetivas da dominação econômicas - e, em última análise, do controle. Isso porque, segundo o autor, a mera dependência ou a existência de algum grau de subordinação de uma sociedade perante outra deve no mínimo constituir

39 FRAZÃO, Op. cit., 2017, p. 19.

indício para que se possa investigar se a sociedade “dominada” faz parte de grupo econômico<sup>40</sup>.

Dessa maneira, indicio relevante de dependência econômica seria justamente a existência de arranjo contratual por meio do qual a sociedade dominante determina a escolha dos produtos ou condições de produção da sociedade dominada, situação que se confirma mediante a análise das origens, as condições de exercício e das perspectivas de implementação dessa sujeição. Acontece que a existência de contratos especificamente voltados à instauração de relação de dependência é apenas exemplo mais explícito de fenômeno que pode ocorrer no âmbito de cláusulas específicas que fixem margens de comercialização, regras de ação comercial, obrigações de recorrer a prestadores de serviço específico (como, por exemplo, a uma determinada instituição financeira), regras de conduta financeira específica e, em última análise, objetivos relacionados ao orçamento, aos investimentos e às finanças da sociedade subordinada<sup>41</sup>.

Dessa forma, não se pode descartar que mesmo contratos que tradicionalmente deixam de provocar preocupações concorrenciais e muitas vezes sequer se amoldam aos critérios de notificação obrigatória podem conter elementos que verdadeiramente conferem a uma das partes poder de ingerência sobre o cerne dos negócios de outras sociedades. Pode-se mencionar, nesse sentido, as conclusões a que chegou o Cade na análise dos Atos de Concentração 08012.002870/2012-38, 08012.006706/2012-08, 08012.003898/2012-34 e 08012.003937/2012-01, requeridos pela Monsanto Brasil e, respectivamente, pelas sociedades Syngenta Proteção de Cultivos, Nidera Sementes, Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola e Don Mario Sementes<sup>42</sup>.

Naquela ocasião, em que pese se tratasse de contratos de transferência de tecnologia sem exclusividade, como asseverou a Conselheira Ana Frazão, as suas cláusulas “deixavam claro que não se estava diante de um simples contrato de licença de patentes, mas de um arranjo contratual que permitia a interferência da licenciante nas decisões estratégicas das licenciadas, revelando o exercício de controle externo pela Monsanto e/ou a existência de uma cooperação diferenciada entre as contratantes”<sup>43</sup>. Note-se, por conseguinte, que a constatação do controle externo é necessariamente casuísta pelo fato de estar voltada à análise de elementos concretos que são naturalmente dinâmicos e variam de caso a caso, no entanto é de rigor que a análise desses elementos seja pautada por critérios consistentes de constatação de dominação por instrumentos não societários.

Não é por outro motivo que Champaud assinala que a constatação de relações de dependência econômica tendentes à dominação passa justamente pela análise de documentos que possam atestar a intervenção sobre a política financeira, como livros sociais, contas e outros documentos contábeis da sociedade controlada. Isso porque, ainda segundo Champaud, apontar um indicio de

40 CHAMPAUD, Op. cit., 1972, p. 29-36.

41 CHAMPAUD, Op. cit., 1972, p. 29-36.

42 Cade, AC 08012.002870/2012-38, Relator Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, julgado em 28/08/2013; Cade, AC 08012.006706/2012-08, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 28.08.2013; Cade, AC 08012.003898/2012-34, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 28/08/2013; e Cade, AC 08012.003937/2012-01, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 28/08/2013.

43 Ver, nesse sentido: PRATA DE CARVALHO, Angelo. **Os contratos híbridos como formas de organização jurídica do poder econômico**: aspectos dogmáticos e a postura do Cade no caso Monsanto. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2017.

dependência é uma coisa e admiti-lo como prova de pertencimento a um grupo econômico é outra completamente distinta, de sorte que é de rigor avaliar a força persuasiva desses indícios.

Por essa razão, conclui Champaud que dificilmente se pode pensar em critérios apriorísticos para que se constate o pertencimento de determinada empresa a um grupo econômico - já que, segundo o autor, diante da complexidade da sociedade e da economia atuais, “o tempo dos critérios já passou” -, porém é fundamental analisar em concreto situações de dependência para que, a partir da interpretação de indícios de sujeição, eventualmente se constate a existência de poder de controle (ou, como prefere dizer o autor, o pertencimento a determinado grupo econômico)<sup>44</sup>.

Nesse sentido, longe de se adotar postura estritamente formalista para a constatação de controle externo – o que subverteria o princípio da primazia da realidade sobre a forma que deve pautar a análise concorrencial –, é necessário que o critério para a verificação da dominação seja capaz de perceber que determinadas figuras contratuais efetivamente são orientadas por vínculos de dependência e mesmo por uma cooperação intensa entre as partes, o que não necessariamente significará que entre elas há direção unitária.

#### **4.2. Análise da jurisprudência do Cade sobre o tema**

Cabe verificar, com base nos pressupostos acima demonstrados, de que maneira a jurisprudência do Cade tem se posicionado quanto aos critérios de constatação do controle externo e em que medida se pode construir parâmetro geral pautado pela dominação sobre a política financeira como diretriz interpretativa sobre os indícios dessa dominação, para que então se lhes apliquem as consequências que são próprias do controle de estruturas, notadamente a configuração de grupo econômico.

Conforme se depreende de julgados recentes do Cade, apesar de existirem referências inclusive à noção de controle externo formulada por Fábio Konder Comparado, parece existir pouca distinção entre a noção de controle externo e a de “entidade econômica única”, mesmo porque o texto da Resolução nº. 2/2012 parece conduzir a essa indistinção. Nesse sentido, no âmbito do Ato de Concentração nº. 08700.000395/2019-83, pontuou a Superintendência-Geral do Cade que as circunstâncias que podem caracterizar o exercício de controle externo podem ser resumidas a: (i) atuação como entidade econômica única, com a definição de estratégias de negócio (principais variáveis econômicas – questões mercadologicamente relevantes) e apresentação ao mercado como único agente; e (ii) existência de relação de subordinação e dependência entre empresas, incluindo poder de decisão sobre a atividade de outrem (ou mesmo controle unitário)<sup>45</sup>.

De fato, faz sentido a referência à direção unitária quando se analisa o fenômeno do controle, que, mesmo segundo a Resolução nº. 2/2012, pode ser interno ou externo, na medida em que é a direção unitária critério para a configuração de grupo econômico. Além disso, faz-se referência a controle comum, o que acrescenta novo grau de complexidade à discussão que não necessariamente contribui para o esclarecimento dos elementos existentes. Em que pese a noção de controle comum

44 CHAMPAUD, Op. cit., 1972, p. 29-36.

45 Cade, 08700.000395/2019-83, SG, julgado em 01/03/2019.

encontrar significados distintos no Direito Societário, nesse caso, evidentemente se estará investigando a existência de grupo econômico no sentido adotado pelo Direito da Concorrência, porém ainda assim não se descarta a busca pela direção unitária enquanto resultado do exercício do poder de controle, seja ele interno ou externo. Foi o que ocorreu recentemente em Ato de Concentração no qual a Unilever NV e a Unilever PLC, empresas com bases societárias distintas, foram consideradas integrantes de um mesmo grupo pelo fato de constituírem dois braços de uma entidade econômica única, tendo em vista um grande conjunto de operações em comum levados a cabo entre as empresas<sup>46</sup>.

Situação semelhante foi verificada em caso envolvendo a PricewaterhouseCoopers, em que se entendeu que a “Rede PwC” (formada por diversos entes autônomos que prestam serviços específicos) operaria como entidade econômica singular marcada pela interdependência entre seus integrantes, que ostentavam marca comum (embora com nível de autonomia bastante diverso do que se verificaria, por exemplo, em redes de franquias) e seguiam regras profissionais e regras de serviços uniformes, com gestão e tomada de decisão centralizadas<sup>47</sup>. Nesse caso, tendo em vista o princípio da primazia da realidade sobre a forma e o fato de existirem mecanismos de controle não societário na espécie, entendeu-se que se deve entender a “Rede” como entidade econômica única.

Verifica-se, portanto, que no caso acima mencionado buscou-se justamente analisar indícios de direção unitária relacionados à unidade de gestão, notadamente quando à centralização do poder de tomada de decisão. O controle externo, assim, em lugar de ser definido a partir do efetivo exercício de dominação de uma sociedade sobre a outra, foi concebido como o resultado de um conjunto de indícios relacionados à forma de condução dos negócios dos agentes econômicos envolvidos.

Não sem motivo, a Superintendência-Geral do Cade, ao fazer referência ao caso em outro julgado, entendeu que o Cade verificou no caso Unilever os seguintes fatores de “*controle externo*” e “*entidade econômica única*”: (i) alto grau de integração entre as empresas; (ii) operação conjunta; (iii) interdependência; (iv) identidade comum; (v) políticas comuns relacionadas à estratégia, marca, risco e qualidade, adoção de uma metodologia de vinculação comum e coordenada; (vi) ausência de concorrência entre as empresas-membro da rede; (vii) o fato de que as empresas-membro sempre se apresentaram como parte do Grupo PwC perante o Cade, dentre outros elementos<sup>48</sup>.

De fato, vários dos elementos supramencionados podem conduzir à conclusão segundo a qual há efetiva dominação sobre a política financeira de outra sociedade, especialmente em virtude da constatação de direção unitária. Contudo, cabe salientar que não se detalhou a metodologia de exercício do aludido *controle* externo que serviria de nexos funcional entre todos esses elementos, passo este que é fundamental para que se diferencie um conjunto de contratos de cooperação – que não necessariamente são atos de concentração, até por que os contratos empresariais na atualidade são em grande medida marcados pela cooperação e ainda assim apresentam interesses contrapostos, como sôem ocorrer nos chamados contratos híbridos<sup>49</sup> – de arranjos contratuais capazes de estru-

46 Cade, AC 08700.002108/2018-99, SG, julgado em 09/04/2018.

47 Cade, AC 08700.006238/2015-58, SG, julgado em 16/07/2015.

48 Cade, AC 08700.002108/2018-99, SG, julgado em 09/04/2018.

49 PRATA DE CARVALHO, Op. cit., 2016.

turar controle externo.

É diante disso que se faz de rigor a existência de um critério para a configuração do controle externo baseado na dominação financeira, na medida em que questões administrativas relacionadas ao *modus operandi* de determinada operação econômica não necessariamente implicam direção unitária. O controle externo, assim, não consiste simplesmente em variante contratual do controle societário, mas de fenômeno econômico *sui generis* que conta com critérios e pressupostos próprios.

Observe-se, no entanto, que a postura comumente adotada pelo Cade tende a associar o controle externo a relações de subordinação e dependência, mas sem grande aprofundamento sobre qual tipo de subordinação e qual tipo de dependência pode ser capaz de levar à formação de grupo econômico. Nesse sentido, em análise da jurisprudência da autarquia, asseverou a Superintendência-Geral do Cade nos autos do Ato de Concentração 08700.001750/2020-75<sup>50</sup> que “A partir dos casos julgados, conclui-se que o exercício do controle externo pode ocorrer: (i) quando há atuação como entidade econômica única, com a definição de estratégias de negócio (variáveis econômicas e questões mercadologicamente relevantes) e apresentação perante o mercado como único agente; e (ii) quando da existência de relação de subordinação e dependência entre empresas, incluindo poder de decisão sob a atividade de outrem (ou mesmo o controle unitário)”.

A falta de um critério autônomo para a constatação de controle externo – seja na Resolução 2/2012, seja na própria jurisprudência –, por conseguinte, tende a submeter um relevante conjunto de contratos marcados pela dependência econômica à classificação como grupo econômico, notadamente os chamados contratos empresariais de cooperação. Pode-se mencionar, nesse sentido, recente julgado do Cade em que se entendeu que existiria controle externo no âmbito da rede de franquias Chilli Beans – negócio jurídico que, por sua própria natureza, consiste na uniformização de uma série de elementos da empresa franqueadora nas atividades da franqueada, uma vez que se funda justamente na formulação de diretrizes para a replicação de um modelo de negócios específico, o que não afasta o fato de que, em linhas gerais, cada agente econômico integrante da rede de franquias arca com seus próprios riscos e apresenta interesses contrapostos com relação a outros integrantes da rede.

No caso concreto, muito embora tenha a Superintendência-Geral do Cade admitido que não necessariamente ocorre controle externo nos contratos de franquia, entendeu-se que, diante das responsabilidades administrativas e financeiras atribuídas aos franqueados, existiria controle externo, uma vez que se exigia: (i) a realização de investimentos próprios dos franqueados com a unidade; (ii) a responsabilização exclusiva dos franqueados por custos e despesas relacionados ao funcionamento do negócio (tais como a aquisição de insumos e mercadorias, o registro e pagamento de encargos relacionados ao ponto de venda, dentre outros); (iii) a existência de regras rígidas de gestão e operação do sistema, uma vez que “a parte comercial de como serão ofertados os produtos no mercado depende totalmente das diretrizes estabelecidas pelo franqueador (tendo maior controle sobre a atividade-fim do franqueado)”; (iv) a existência de forte relação de dependência entre franqueador e franqueados, sem a qual os franqueados teriam maior liberdade na oferta dos produtos sob a marca do franqueador; (v) a existência de penalidades pelo descumprimento das determinações do

50 Cade, AC 08700.001750/2020-75, SG, julgado em 02/05/2020.

franqueador<sup>51</sup>.

Logicamente, a ocultação de determinadas informações da versão pública do parecer da Superintendência-Geral do Cade impede que se produza juízo completo a respeito da decisão da autarquia, porém é certo que as características apontadas não necessariamente são capazes de desnaturar o contrato de franquia – caracterizado não somente pela cooperação entre as partes, mas pelo compartilhamento de determinados atributos (como marca, *know how*, procedimentos e métodos, dentre outros) capazes de proporcionar a replicação do modelo de negócios de sucesso do franqueador, o que geralmente produz relação de dependência econômica – e, em determinados casos, instaurar controle externo. Em outras palavras, o próprio escopo da franquia determina a coletivização da ação dos agentes sem socializar a responsabilidade<sup>52</sup> e a própria existência de dependência econômica, de tal maneira que, evidentemente, abusos devem ser coibidos, mas tão somente na medida em que desviarem-se da função econômica do contrato.

Em verdade, o Cade já tratou de situações nas quais contratos interempresariais ocultavam relações de controle externo<sup>53</sup>, porém a autarquia sempre foi bastante clara ao dizer que existiria verdadeira integração em virtude não da replicação de modelo de negócios da empresa mais poderosa, mas justamente da possibilidade de definição do destino do patrimônio e da política financeira da empresa subordinada. A indefinição conceitual sobre o controle externo no Direito da Concorrência, por conseguinte, dificulta tanto a construção dogmática dessa categoria quanto a possibilidade de que esta sirva como unidade de análise suficientemente consistente para que seja aplicada no controle de concentrações.

Seja no Direito da Concorrência, seja no Direito Societário, é imperioso que se construa critério operacional de identificação e definição do controle externo, que deve consistir na definição da política financeira da empresa controlada, a refletir a dominação sobre as decisões verdadeiramente estratégicas. É claro que, restando claro que o evento apto a qualificar relação de controle externo é a definição da política financeira, é necessário também explorar as maneiras pelas quais são modificados os interesses que permeiam a atividade empresarial e, em última análise, o interesse social da empresa externamente controlada e a responsabilidade de seu controlador. De toda sorte, para os efeitos pretendidos pelo Direito da Concorrência, é importante que no mínimo o controle externo seja constatado a partir de critério claro que tanto seja capaz de constatar as diversas formas de dominação que possam vir a existir quanto seja sensível às funções econômicas dos negócios jurídicos analisados.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle empresarial externo apresenta-se como forma organizacional própria do movi-

51 Cade, AC 08700.000395/2019-83, SG, julgado em 01/03/2019.

52 TEUBNER, Gunther. Beyond contract and organization? The external liability of franchising systems in German Law. In: JOERGES, Christian. **Franchising and the law**: das Recht des Franchising. Baden: Nomos, 1991.

53 Cade, AC 08012.002870/2012-38, Relator Conselheiro Marcus Paulo Veríssimo, julgado em 28/08/2013; Cade, AC 08012.006706/2012-08, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 28/08/2013; Cade, AC 08012.003898/2012-34, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 28/08/2013; Cade, AC 08012.003937/2012-01, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 28/08/2013.

mento de contratualização dos processos produtivos, instaurando situações de dominação mesmo a contragosto de agentes inicialmente independentes que, a partir de relações contratuais marcadas pela dependência econômica, passam a responder a terceiros, cujo poder, definido por instrumentos contratuais ou mesmo pelo ambiente negocial em que ocorre a relação, dificilmente encontra correspondência em institutos jurídicos consagrados pelo ordenamento.

Como se pretendeu demonstrar ao longo do presente trabalho, a simples enunciação da existência do fenômeno do controle externo, e especialmente o seu reconhecimento teórico acompanhado de sua inaplicabilidade prática, tende a ignorar situações relevantes de exercício de poder econômico sem atribuir a devida responsabilidade ao seu titular. Dessa forma, fez-se imperioso não somente expor e demonstrar a pertinência do instituto do controle externo para com o direito brasileiro, como também propor critérios consistentes para sua identificação. Tal esforço se justifica inclusive diante da desencontrada fragmentação dogmática da noção de controle, muitas vezes perdida em seu próprio formalismo ou mesmo na ausência de consistência conceitual.

No que se refere especificamente ao Direito da Concorrência, é fundamental que se conceba o controle externo como modalidade autônoma de exercício do poder empresarial, e não simplesmente como subcategoria do controle societário que, dessa maneira, poderia ser interpretada a partir dos mesmos pressupostos. Assim, por mais complexa que seja a análise em concreto dos indícios que possam levar à dominação *ab extra* que é própria do controle externo, é necessário que os indícios a ela submetidos sejam interpretados segundo critério que verifique a existência de dominação sobre a política financeira da controlada, de tal maneira a configurar efetiva condução dos seus negócios pela controladora externa. Isso porque, considerando a intensa cooperação que marca os negócios empresariais na atualidade e mesmo a dependência econômica que marca alguns desses negócios, não cabe construir noção de controle externo que sirva para desnaturar operações econômicas em que se preservam interesses contrapostos. O instituto, por conseguinte, longe de servir como panaceia para a constatação de grupo, deve ser orientado por critério que efetivamente analise as relações de dominação que o qualificam.

## 6. REFERÊNCIAS

AKERLOF; George; SHILLER, Robert. **Animal spirits**: How Human Psychology Drives the Economy, and Why It Matters for Global Capitalism. Princeton: Princeton University Press, 2009.

ALLAM, Delila. Les raisons d'être de la franchise dans les transactions de services aux entreprises. **Management & avenir**. n. 22, p. 137-154, 2009.

ANTUNES, José Engrácia. **Os grupos de sociedades**: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária. Coimbra: Almedina, 2002.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

CHAMPAUD, Claude. **Le pouvoir de concentration de la société par actions**. Paris: Librairie Sirey, 1962.

CLAEYS, Stijn. **Franchising**: tussen zelfstandigheid en afhankelijkheid: een onevenwichtige samenwerking? Brugge: Business and economics, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio

de Janeiro: Forense, 2005.

FLIGSTEIN, Neil; SHIN, Taekjin. Shareholder value and the transformation of the U.S. Economy, 1984-2000. **Sociological forum**. v. 22, n. 4, p. 399-424, out. 2007.

FLIGSTEIN, Neil. **The transformation of corporate control**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

HERMAN, Edward S. **Corporate control, corporate power**: a twentieth century fund study. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.

MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminary study. **American Sociological Review**. v. 28, n. 1, p. 55-67, fev. 1963.

MÉNARD, Claude. **Le pilotage des formes organisationnelles hybrides**. *Révue économique*. v. 48, n. 3, p. 741-750, maio 1997.

MESSINEO, Francesco. **Studi di diritto delle società**. Milão: Giuffrè, 1949.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MUSSI, Luiz Faniel Rodrigues Haj; CARVALHO, Ricardo Siqueira. Análise econômica do direito e poder de controle externo nas sociedades anônimas. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **Reflexões acerca do direito empresarial e a análise econômica do direito**. Curitiba: GEDAI, 2014.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo. **Manual de governo das sociedades** [edição eletrônica]. Coimbra: Almedina, 2017.

PASTERIS, Carlo. **Il controllo nelle società collegate e le partecipazioni reciproche**. Milão: Giuffrè, 1957.

PEREIRA, Guilherme Döring da Cunha. **Alienação do poder de controle acionário**. São Paulo: Saraiva, 1995.

PRATA DE CARVALHO, Angelo. **Controle empresarial externo**: a intervenção sobre a política financeira como critério de responsabilização do controlador. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba. A função regulatória dos contratos: regulação e autonomia privada na organização do poder econômico. **Revista de direito setorial e regulatório**. v. 5, n. 1, p. 91-114, 2019.

PRATA DE CARVALHO, Angelo. Os contratos híbridos como formas de organização jurídica do poder econômico: aspectos dogmáticos e a postura do Cade no caso Monsanto. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2017.

PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba. Os contratos híbridos como categoria dogmática: características gerais de um conceito em construção. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, n. 19, p. 181-229, jul./set. 2016.

SCOGNAMIGLIO, Giuliana. Clausole generali, principi di diritto e disciplina dei gruppi di società. **Orizzonti del diritto commerciale**. v. 1, 2018.

SCOGNAMIGLIO, Giuliana. I gruppi e la riforma del diritto societario. **Rivista di politica economica**. v.

92, n. 9, p. 253-277, 2002.

TEUBNER, Gunther. **Networks as connected contracts** [edição eletrônica]. Oxford: Hart Publishing, 2011.

TEUBNER, Gunther. Beyond contract and organization? The external liability of franchising systems in German Law. In: JOERGES, Christian. **Franchising and the law: das Recht des Franchising**. Baden: Nomos, 1991.