

Grupo Latam Airlines S.A.: qual a real natureza jurídica da operação que originou o Grupo Latam Airlines S.A.: fusão ou aquisição?

Latam Airlines Group S.A.: which is the real legal nature of the transaction that led to Latam Airlines Group S.A.: merger or acquisition?

Pedro Leopoldino Resende de Oliveira

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM).
E-mail: pedro_lro@yahoo.com.br

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo determinar qual a real natureza jurídica da operação que originou o Grupo Latam Airlines S.A., operação esta que as empresas envolvidas realizaram visando acompanhar a competitividade mundial exigida no setor aéreo. O estudo tem como foco analisar três acontecimentos advindos da operação, sendo eles as condições estipuladas pelos Órgãos Reguladores dos países para a aprovação da concentração, a movimentação das ações ocasionadas para o cumprimento da exigência da legislação brasileira e o efeito que essa operação empresarial terá sobre o mercado consumidor, especificamente sobre os consumidores diretos desse setor. Ao final do trabalho, se almeja compreender a razão das empresas envolvidas classificarem a operação como fusão empresarial, além de sentenciar se essa classificação está correta; se não, determinar a correta real natureza jurídica.

Palavras-chave: Concentração Empresarial. Mercado Consumidor. Proteção ao Consumidor.

Abstract: This study aims to establish the true legal nature of the operation that led to the Latam Airlines Group SA, an operation that the companies involved performed to monitor the global competitiveness required in the airline industry. The study focuses on analyzing three events arising from the operation, namely, the conditions set by regulatory bodies of the countries for approval of concentration, the change in stocks caused to the requirement of Brazilian legislation and the effect that this business operation will have on the consumer market, specifically on the direct customers of this sector. At the end of the work, we aim to understand why the companies involved classify the operation as a corporate merger, besides sentencing if that classification is correct; and if not, determine its correct legal nature.

Keywords: Corporate Concentration. Consumer market. Consumer protection.

1 Introdução

Face à nova ordem econômica mundial, em que as sociedades empresariais se veem obrigadas a adotar novas estratégias em busca de se manterem cada vez mais competitivas no setor em que atuam, determina-se que, no caso a ser analisado por este trabalho, o setor de atuação é o setor aéreo, a adoção das estratégias pode partir de “[...] três principais eixos de atuação estratégica: a busca por competitividade em custos, a busca por aumento da taxa de ocupação, que se manifesta, quase sempre, por meio de redução de tarifa, e uma tendência de homogeneização de serviços” (GUSMÃO, 2011, p. 4).

Em diversas oportunidades, os processos de fusão e de cooperação dentro do setor aéreo estão relacionados com a intermitente necessidade de reverter quadros de crises econômico-financeiras decorrentes de eventuais ineficiências regulatórias, períodos de recessão econômica, ou mesmo de má administração gerencial, tendo em vista diversos fatores conjunturais. É notório que fusões e acordos de cooperação freqüentemente surgem em períodos específicos, notadamente quando a indústria se encontra em situação precária [...] (RAGAZZO, 2006, p. 18).

Visando à adoção dessa nova estratégia, as companhias aéreas brasileira TAM S.A. e chilena LAN S.A. concretizaram um processo, ato de concentração, para criar a maior companhia aérea da América Latina, o Grupo Latam *Airlines* S.A.. Os atos de concentração, em casos semelhantes a esse, são as estratégias adotadas para cumprir com os possíveis objetivos elencados anteriormente. Os modelos de atos de concentração mais próximos a esse caso são a fusão e a aquisição.

Fusão é a operação societária por meio da qual duas ou mais sociedades comerciais juntam seus patrimônios a fim de formarem uma nova sociedade comercial, consequentemente deixando de existir individualmente. Ela ocorre quando duas empresas combinam para formar uma empresa totalmente nova, e nenhuma das empresas anteriores sobrevive de forma independente. Uma aquisição é a compra de um negócio ou empresa por outra empresa ou entidade comercial. (SOUZA; COUTINHO, 2013, p. 1)

Essa concentração empresarial, que atende à super-competitividade exigida pelos negócios cada vez mais globais, pode trazer aspectos negativos em que a presença desse monopólio na América Latina pode distorcer o funcionamento concorrencial perfeito do sistema, com prejuízos aos consumidores de seus serviços.

Parte-se, também, da premissa de que o monopólio só seria ocasionado devido a lacunas na legislação, que não consegue acompanhar o ritmo acelerado do mundo dos negócios empresariais. Dessa forma, “[...] os Estados passaram a intervir no mercado para a proteção da livre concorrência, controlando tais práticas, as quais devem atender aos ditames da livre concorrência e do bem estar social” (SOUZA; COUTINHO, 2013, p. 5).

A análise do caso a ser discutido por este trabalho poderá tornar mais perceptível a atuação do Estado, por meio de seus órgãos reguladores, frente a essa concentração a nível internacional, as lacunas e os pontos falhos da atual legislação e o reflexo de operações como essa perante o mercado consumidor.

2 Os órgãos reguladores

2.1 Contexto histórico

Recorremos a José Matias-Pereira para uma breve análise do cenário funcional e histórico dos órgãos de defesa da concorrência no Brasil.

Brault (1995, *apud* MATIAS-PEREIRA, 2006, p. 58) explica que

[...] a economia e a prática antitruste no mundo, nas duas últimas décadas, passaram por uma série de transformações que introduziram, de forma crescente, argumentos de eficiência econômica, sobretudo de caráter produtivo, como justificativa para atos de concentração e determinadas condutas empresariais (KWOKA & WHITE, 1999). Como resultado, os órgãos de defesa da concorrência em diversos países passaram a avaliar não somente os efeitos anticompetitivos, como na antiga tradição, mas também os potenciais impactos em termos de ganhos de eficiência econômica no julgamento de condutas horizontais e verticais, fusões, aquisições e joint ventures entre empresas.

Na tentativa de justificar a atividade de regulação das concentrações empresariais, buscou-se, nas teorias, a ideia de monopólio econômico natural. Nesse sentido, Matias-Pereira (2006, p. 53-54) completa dizendo que “[...] o objetivo maior da defesa da concorrência é definir se determinada operação entre agentes econômicos ou a prática restritiva à concorrência estão produzindo efeitos indesejáveis ao mercado relevante analisado”. Assim, destaca-se que a prática da regulação econômica e da defesa da concorrência deve ser cuidadosamente desempenhada para que não afete o mercado em questão e, conseqüentemente, não afete o crescimento e o desenvolvimento econômico do país.

Observa-se que as decisões da defesa da concorrência têm influência e relação direta com o mercado, o que pode ser comprovado na conceituação de mercado dada por Matias-Pereira (2006, p.53), quando diz que mercado são “[...] instituições humanas que funcionam apoiadas num conjunto de regras sociais que variam no tempo e no espaço [...]”. Observa-se, ainda, que o mercado necessita da preservação de determinadas normas para cumprir sua função, da mesma forma que as demais instituições humanas.

Nesse contexto, o Estado como Regulador de Mercado centra sua função em diversas áreas, estabelecendo normas de comportamento e concentração das empresas, tanto no andamento processual, quanto na seleção dos critérios, definindo quais atos de concentração empresarial serão submetidos ao crivo dos órgãos de defesa da concorrência, com o objetivo de evitar a concorrência desleal no desenvolvimento do mercado.

Ao discutirmos as estratégias empresariais no setor de transporte aéreo, destacamos que o setor de transporte aéreo exige que as empresas adotem estratégias e vantagens competitivas que criem e sustentem um desempenho superior, mesmo que momentâneo, impondo, com isso, práticas concorrenciais e, ao mesmo tempo, cooperativas entre as empresas. Nesse mérito, destacamos, neste artigo, como a dinâmica empresarial do setor de transporte aéreo funciona mediante a atuação das companhias aéreas do setor, considerando, para isso, as estratégias empresarias adotadas pelas mesmas e as implicações para o mercado.

De acordo com Porter (1989, *apud* PEREIRA, 2012, p.3),

compreender a dinâmica empresarial do setor de transporte aéreo corresponde a identificar a latente importância de duas grandes companhias aéreas que vem desenvolvendo estratégias diversas e tem se consolidado no mercado, por meio

fusões, aquisições, acordos etc., enfim, estratégias empresariais que se constituem como vantagens competitivas, ainda que momentâneas.

A dinâmica empresarial do setor de transporte aéreo na América Latina e no Brasil, principalmente no que tange às estratégias de fusão e de concentração empresarial, exige por parte do Estado medidas no sentido de minimizar os efeitos dessa concentração empresarial sobre a livre concorrência no setor aéreo, brasileiro e chileno.

Essa preocupação já é manifestada por Rossana Malta de Souza Gusmão (2011, [s.p.]), no artigo intitulado “Regulação e defesa da concorrência no setor aéreo”, explicando de forma clara que

[...] a política regulatória no setor aéreo brasileiro foi marcada por diferentes formas de intervenção, partindo de uma regulação estrita, passando por um regime de flexibilização até a instituição de uma agência reguladora destinada a fiscalizar as atividades da aviação civil e a infraestrutura aeronáutica e aeroportuária.

No intuito de exemplificar as considerações da autora destacadas no parágrafo anterior, o quadro 1 a seguir contempla, por meio de descrição literal da autora Renata Rivelli Martins Santos (2006, [s.p]), os dispositivos jurídicos que normatizaram a defesa da concorrência, enfatizando sua importância e contribuição para a questão abordada:

QUADRO 1: Dispositivos Jurídicos que normatizaram a Defesa da Concorrência

Legislação	Importância
Decreto-lei 7.666/1945	Criou o CADE, com atribuição de viabilizar acordos em casos potencialmente danosos da concorrência.
Constituição Federal de 1946	Dispunha que a lei reprimiria toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, que tinham por finalidade dominar o mercado e eliminar a concorrência, aumentando arbitrariamente os lucros.
Lei 4.137/62	Conceitua as formas de abuso, atribui competência ao CADE, regulamenta seu procedimento administrativo e o processo judicial.
Constituição Federal de 1988	Previsão, em capítulo próprio, dos princípios da atividade econômica, consoante artigo 170. Verifica-se, assim, evidente conteúdo de predominância neoliberal, vez que exalta a livre iniciativa e a propriedade privada.
Decreto 99.2444	Instituiu a Secretaria Nacional de Direito Econômico, cuja competência é zelar pelos direitos do consumidor, apurar, prevenir e reprimir abusos do poder econômico por meio do CADE.
Lei 8.137/90	Tipificou criminalmente condutas contrárias à ordem econômica.

Lei 8.884/94	Delimita conceitos, atos que afrontam a livre concorrência, modifica a competência administrativa do CADE, atribuindo-lhe poder de decisões sobre prevenção e repressão às infrações sobre a ordem econômica, da SDE e da SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Justiça).
Lei 12.259/11	Introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o sistema de análise prévia dos atos de concentração. Revogou a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999, os arts. 5o e 6º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e os arts. 1o a 85 e 88 a 93 da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994.

Fonte: Santos (2006, [s.p.]).

2.2 Condições estabelecidas para aprovação da concentração empresarial

Um dos objetivos deste trabalho é analisar como os órgãos de defesa da concorrência brasileiro (CADE) e chileno (Tribunal de Livre Concorrência Chileno) entenderam essa concentração empresarial, que culminou por resultar na criação do Grupo Latam SA.

Em agosto de 2010, as empresas aéreas Tam Linhas Aéreas S.A. e Lan Chile S.A., em busca de se tornarem mais competitivas no mercado aéreo, formularam e implementaram estratégias de fusão, que lhes permitiram ampliar ou conservar, de forma duradoura, uma posição sustentável nos mercados em que atuam.

A operação realizada entre as sociedades empresárias TAM S.A. e Lan Chile S.A., quando analisada pelos órgãos regulamentadores dos países Brasil e Chile, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e Tribunal de Livre Concorrência Chileno (TLCC), respectivamente, provocou o entendimento de que essa concentração empresarial traria risco eminente de surgimento de um monopólio no mercado aéreo do continente latino-americano, devido à participação das duas companhias no mercado aéreo dessa macrorregião. Intencionando o sucesso da operação, ao mesmo tempo evitando que essa concentração não resultasse em maiores riscos ao mercado e, conseqüentemente, às outras empresas aéreas, os referidos órgãos, CADE e TLCC, anteriormente à aprovação, impuseram algumas condições e restrições a serem adotadas pelas empresas.

A adoção dessas condicionantes visava aumentar, independentemente do surgimento do Grupo Latam S.A., a competitividade e a concorrência justa e nivelada do mercado aéreo. As condicionantes e restrições determinadas demonstraram a preocupação dos órgãos regulamentadores em criar meios para que as demais companhias aéreas pudessem acompanhar ou, no mínimo, diminuir a diferença entre as companhias pertencentes ao Grupo Latam.

O Tribunal chileno se mostrou mais rígido que o órgão brasileiro, impondo onze medidas ao novo grupo empresarial, enquanto que o CADE impôs apenas duas. Essa rigidez do órgão chileno pode ser justificada pela mesma nacionalidade do Tribunal e a Lan Chile S.A, além da companhia aérea chilena ter se posicionado como dominante na operação de fusão. A maioria das medidas do tribunal se concentraram

na ideia de transferir, compartilhar rotas, horários e benefícios com outras empresas aéreas, e também alcançaram outros aspectos, importantes até mesmo para o país, como um auxílio na infraestrutura aeroportuária e opinião favorável à abertura do unilateral do céu chileno.

O Conselho brasileiro impôs apenas duas restrições, já cumpridas, que, coincidentemente, também foram adotadas pelo órgão chileno.

A primeira condicionante determina que o grupo está obrigado a transferir horários de pouso e decolagem diários na rota São Paulo – Santiago (para a empresa brasileira) / Santiago – São Paulo (para a empresa chilena), que anteriormente à operação eram pertencentes às companhias do grupo, a outras companhias interessadas em iniciar ou ampliar serviços nessas rotas. Por meio de informativo nos sites das companhias aéreas e do Grupo Latam *Airlines*, já foi comunicado, conforme informe transcrito a seguir, sobre a permuta dos *slots* de aterrissagem e decolagem, até quatro para cada, sendo que essa transferência está condicionada ao cumprimento de algumas especificações presentes no informe, entre elas que as empresas interessadas utilizem os *slots* em voos diretos, sem escala ou conexão na rota São Paulo – Santiago – São Paulo e com as quais a Latam não tenha qualquer vínculo societário ou de outra natureza.

Em cumprimento à decisão proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE"), no Ato de Concentração n. 08012.009497/2010-84, e à decisão do Tribunal de Defesa da Livre Concorrência do Chile ("TDLC"), na Resolução n. 37/2011 do TDLC (em conjunto, as "Resoluções"), LATAM *Airlines* Group S.A. ("LATAM") informa que permutará até 04 (quatro) slots de aterrissagem e até 04 (quatro) slots de decolagem no Aeroporto Internacional de São Paulo/Guarulhos - Governador André Franco Montoro, localizado na Cidade de Guarulhos, Estado de São Paulo, Brasil ("GRU") (adiante referida "Permuta"), obedecidas ao menos as seguintes condições:

4. Somente serão permutados slots em GRU com empresas (a) interessadas em utilizá-los em vôos diretos, sem escala ou conexão ("non-stop") na rota São Paulo – Santiago – São Paulo; e (b) com as quais LATAM não tenha qualquer vínculo societário ou de outra natureza que lhe permita exercício de influência relevante.
5. As empresas interessadas na Permuta deverão solicitá-la por escrito à LATAM, indicando os horários de sua preferência.
6. Os slots entregues por LATAM em virtude da Permuta poderão ter uma diferença máxima de 30 (trinta) minutos do horário indicado pelas empresas interessadas em suas respectivas solicitações.
7. Os slots permutados somente poderão ser utilizados pela empresa que os adquirir para operar a rota São Paulo – Santiago – São Paulo em vôos non-stop. Eventual descumprimento deste requisito, ou de outros aspectos relativos à legislação aplicável, poderá importar na reversão da Permuta.
8. A Permuta não poderá envolver qualquer tipo de remuneração ou compensação em favor de LATAM. (TAM S.A., 2013)

A segunda condicionante determinou que a nova empresa aérea integre a uma só aliança global, já que, antes da fusão, a Tam S.A. pertencia à Star Alliance e a Lan Chile S.A. à One World.

Em recente comunicado, o Grupo Latam *Airlines* (2013), por meio de seu diretor executivo, o Sr. Enrique Cueto, anunciou que “avaliamos todas as possibilidades e escolhemos a **oneworld**”.

Objetivando ocupar uma posição privilegiada no seu continente sede e nos principais centros de negócios da macrorregião de sua atuação, o diretor do Grupo Latam *Airlines* (2013) afirmou que “[...] o Grupo LATAM não só decidiu manter a LAN na **oneworld**, mas também incluir a TAM, assim com as outras companhias do Grupo, como a LAN Colombia e a TAM *Airlines*, na aliança”.

Nota-se que, em ambos os casos, os órgãos reguladores, dada a importância que as empresas têm no mercado aéreo latino-americano, visaram à manutenção da concorrência com as demais empresas, ordenando, inclusive, o repasse de alguns meios de obtenção de lucro (*slots de decolagem e pouso*), além de visar o auxílio ao desenvolvimento dos países e do próprio continente, ordenando às empresas a auxiliarem na adequação e modernização da infraestrutura aeroportuária dos países envolvidos.

3 Cota para capital votante pertencente a estrangeiro

3.1 Modelos de gestão

Buscando tornar mais clara a análise da adaptação da cota para capital votante pertencente a estrangeiros devido à exigência do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86), será feita uma análise prévia de dois termos que explicam modelos de gestão empresarial, os termos *shareholders* e *stakeholders*. O primeiro termo citado, o *shareholders*, representa os acionistas, assim, nesse modelo, a gestão empresarial visa, somente, o retorno econômico aos acionistas, aos que detêm as ações da empresa.

Esse modelo de gestão que visa os *shareholders*, adotado por empresas mais antigas, consiste na dispersão do capital da empresa para um grande número de acionistas que investem seus capitais na empresa que trabalham, com a função de manter o valor investido e gerar mais para cada acionista, variando apenas de acordo com as deliberações de cada. Assim, nota-se que, nesse modelo, há uma troca de funções recíprocas e dependentes, mas que se concentram em torno do capital do acionista.

Essa troca de funções rende uma maior parte aos administradores/gestores das empresas que têm a responsabilidade de maximizar o investimento. Essa maximização do investimento, devido à pressão e responsabilidade, é calculada de modo que, por meio de estratégias de negócio, satisfaçam todas as necessidades, tanto as dos investidores, quanto as da empresa.

Essa composição moderna de uma sociedade empresária colabora com o entendimento do segundo termo que explica o segundo modelo de gestão, o termo *Stakeholders*. Esse termo representa, segundo Freeman (1984, p. 25), “[...] qualquer grupo ou indivíduo que pode afetar ou é afetado pela realização dos objetivos da empresa”.

Podemos extrair do conceito dado por Freeman que *stakeholders* é qualquer pessoa ou grupo que mantenha relação com a empresa, podendo ser público interno,

fornecedor, consumidor, cliente, instituição pública, comunidade, proprietários, banqueiros, sindicatos, órgãos governamentais etc. Dessa forma, a sociedade empresária recebe responsabilidade de cunho social, visto a influência que ela tem sobre um grande número de pessoas/grupos.

Dessa forma, as estratégias a serem adotadas em algum objetivo sofrerão influências direta e indiretamente originadas da relação *stakeholder*-empresa. Uadson Ulisses Marques Martins (2012, p.3) compreende “que o comportamento estratégico das organizações é afetado por diversos grupos situados em seu ambiente e as estratégias da organização devem buscar satisfazê-los da melhor maneira possível, sob pena de fracasso na implementação de suas políticas e diretrizes”.

Assim, como dito anteriormente, os *shareholders* não conseguem se sustentar como antigamente, tornando o *stakeholders* o modelo mais adequado para o cenário do mercado atual. Ocorre que, apesar de não se sustentar, o modelo dos acionistas não foi extinto do cenário, devido ao seu caráter imediatista, com foco no lucro empresarial.

Desse modo, apesar de todo o exposto, devido às influências que têm sobre as deliberações das empresas, estas ainda vivem uma relação de dependência com os seus acionistas, sobretudo com os acionistas controladores.

3.2 Adaptação da cota para capital votante pertencente a estrangeiro

Com total ligação ao que foi exposto, os diretores executivos das empresas TAM S.A. e LAN CHILE S.A., durante o processo de criação do Grupo Latam Airlines S.A., realizaram algumas movimentações em suas ações visando à adaptação da cota para capital votante pertencente a estrangeiros. Essa adaptação teve fundamental importância na operação, visto que o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86), nos arts. 180 ao 183, regula a concessão ou autorização para serviços aéreos públicos. E um dos requisitos previstos nesses dispositivos é que, no mínimo, 4/5 (quatro quintos) do capital com direito a voto pertença a brasileiros.

Além disso, para que as pessoas estrangeiras possam adquirir ações do aumento de capital, é necessário que a soma final de ações pertencentes a estrangeiros não ultrapasse 1/5 (um quinto) do capital. Assim sendo, a conclusão da operação que daria origem ao grupo dependia de um plano que garantisse o alinhamento de interesse de acionistas minoritários e controladores com o preenchimento dos requisitos estipulados na Lei 7.565/86.

Em seu site, a sociedade empresária TAM S.A, controlada pela Família Amaro, informou que

[...] a transação baseada em troca de ações pretende consolidar interesses econômicos dos grupos acionistas em uma única entidade atendendo a restrições à participação do capital estrangeiro em cada país. Em linha com a transação, a LAN Airlines S.A. passará a se chamar LATAM Airlines Group S. A. (LATAM) e será a empresa holding que alinhará as atividades de todas as holdings do grupo. Aos acionistas da TAM seriam oferecidas 0,90 ações ordinárias da LATAM para cada ação da TAM. (TAM S.A., 2010, [s.p])

Apesar disso, visando, também, evitar algum risco de ordem econômica ou na participação do grupo nas empresas em um futuro próximo e, também, possibilitar o preenchimento dos requisitos previstos no Código Brasileiro de Aeronáutica e, conseqüentemente, concluir a operação, a *holding* Latam S.A. adotou uma estratégia inteligente.

A estratégia inteligente foi a seguinte: a TAM Empreendimentos e Participações (TEP), empresa que também pertence à família Amaro, passa a deter participação nas ações do Grupo por meio de uma nova *holding*. A criação de uma segunda *holding*, a *HoldCo*, permitiu que as ações fossem divididas em duas classes, A e B. A primeira permite o voto, mas não dá ao acionista o poder econômico, já a segunda tem característica inversa, não permite o voto, mas garante poder econômico.

Além disso, a criação de duas classes possibilitou que a Classe B pudesse ser convertida em ações da Latam ou em recibos de ações negociadas nas bolsas do Brasil e de Nova York. Desse modo, empresa aérea brasileira, em seu site, informou que a “[...] LATAM permanecerá listada na Bolsa de Valores de Santiago, assim como na Bolsa de Valores de Nova Iorque (NYSE) e planeja listar suas ações, via BDRs, na BOVESPA em São Paulo” (TAM S.A., 2010, [s.p]).

De acordo com Fernando Torres (2010 [s.p]), redator do site Valor Econômico,

é isso que permitirá que a família Amaro, por meio da TEP, possua 13,5% das ações da Latam, ao fim da transação. Se fossem convertidas apenas as ações ON além dos 80% e também as preferenciais detidas pelos controladores (equivalentes a 24,7% do total), a fatia no capital da controladora seria menor, em torno de 7%.

Essa estruturação das ações permitiu que a Tam S.A. não mantivesse suas ligações com o direito econômico, o que poderia causar graves problemas futuros para o grupo, visto que a sociedade empresária brasileira terá seu registro brasileiro cancelado. “Na hipótese de a TAM ter lucro e a Latam prejuízo, a família Amaro poderia receber dividendos mesmo que os sócios da controladora não tivessem esse direito. O mesmo valeria para o caso contrário” (TORRES, 2010, [s.p]). Além disso, Torres (2010, [s.p]) afirmou que “essa estrutura também impede que haja um futuro prêmio extra apenas para a família Amaro, em detrimento dos minoritários, caso a legislação permita que estrangeiros detenham mais de 20% do capital votante de uma companhia aérea”. Esses são dois tipos de problemas futuros que Torres lista e que as empresas, com essa estruturação, pretendem evitar.

Outro fator importante a ser destacado é que mesmo com toda essa estratégia e com as mudanças internas, em comunicado, por meio de seu site, a empresa TAM S.A. tornou público que

[...] dentro do grupo, TAM Airlines S.A. continuará operando como uma empresa brasileira com sua própria estrutura. A *holding* atual da LAN Airlines S.A. operará como uma unidade de negócio independente dentro do grupo (e será referida como LAN Airlines). Ambas as companhias do grupo manterão suas sedes e estruturas de governança atuais (TAM S.A., 2010, [s.p]).

Esse comunicado demonstra que durante a operação não haverá alteração estrutural externa. Assim, a não alteração estrutural externa contribui para manter a imagem de referências no mercado aéreo sul-americano e seus papéis de líderes, visto que, para seus clientes, desconhecedores das alterações estruturais internas, tem maior grau de importância.

Após a concretização da operação, era esperado que as trocas de ações entre os controladores e minoritários das duas empresas resultassem em 29,3% dos papéis com direito a voto da Latam ficassem com os controladores e os 70,7% restantes seriam negociados no mercado. Assim, os requisitos da Lei estariam preenchidos e a operação teria sucesso, com o grupo podendo atuar perfeitamente.

Dessa forma, a TAM S.A.(2010, [s.p]) informou que

os acionistas controladores de ambas as empresas concordaram com a criação de um modelo de governança único que gerenciará todas as decisões estratégicas relacionadas à coordenação e alinhamento de atividades das holdings do grupo LATAM.

E Torres (2010, [s.p]) demonstrou que, ao final da operação,

a TAM fatura mais que a LAN e vai contribuir com 58% da receita líquida da nova empresa, que totalizará US\$ 8,5 bilhões. Mas a chilena, mais eficiente e rentável, tinha um valor em bolsa equivalente a mais do que o triplo do da brasileira - US\$ 9,2 bilhões, a LAN, e US\$ 3 bilhões, a TAM. Foi isso que determinou que em termos econômicos o conjunto de acionistas da LAN tenha 71% da Latam, enquanto todos os acionistas da TAM terão apenas 29%.

Portanto, é possível compreender que a movimentação se mostrou inteligente e bem sucedida, tendo em vista que a nova estruturação das ações do grupo estaria, no final de todo o processo, adequada às exigências legislativas brasileiras e, de acordo com o informe no site da empresa aérea brasileira, os acionistas de ambas as empresas se mostraram satisfeitos com a proposta de criação de um novo modelo de governança apresentada pelos CEO's das sociedades empresarias envolvidas na operação.

4 O mercado consumidor e a concentração empresarial

4.1 Contexto histórico

A fusão empresarial consiste em um processo em que seus efeitos não atingem apenas as empresas envolvidas, atingem, também, todo o mercado consumidor em que elas estão envolvidas. Assim sendo, esses efeitos o atingem de tal forma que podem acarretar severas mudanças na sua estrutura ou no seu funcionamento.

Diante disso, é de fundamental importância analisar quais os possíveis efeitos que a criação do Grupo Latam S.A. causará ao mercador consumidor que é pertencente.

Antes de iniciar a análise, é prudente explicar o termo mercado consumidor. Do termo mercado consumidor, é possível entender como parte implícita “a intrínseca

relação quanto às empresas concorrentes, que participam deste mercado como ofertantes e, principalmente quanto ao destinatário da oferta, ambos que serão fortemente afetados [...]” (RIBEIRO, 2010, p. 20).

Além disso, Bruno Ribeiro (2010, p. 20) esclarece que

[...] o termo consumidor apostado após o substantivo mercado deverá ser entendido como um adjetivo a tal mercado, ou seja, representará todo o mercado que efetivamente consome, independentemente, a princípio, da característica jurídica deste consumidor em sentido lato.

Apesar de esclarecida qual a abrangência do mercado consumidor, isso não torna a análise dos efeitos mais simples, visto que também deve ser analisado a qual mercado relevante as empresas, tanto as envolvidas na fusão quanto concorrentes, estão ligadas. Vicente Bagnoli (2005, *apud* RIBEIRO, 2010, p. 20) define mercado relevante como “[...] o palco onde as relações concorrenciais são travadas e o local de atuação do agente econômico, cuja conduta, ainda que potencial, é analisada”.

Visto que o consumidor é parte integrante do mercado consumidor e, assim como ele, sofre os efeitos das concentrações empresariais, é importante analisarmos o seu conceito de acordo com a legislação brasileira e qual é o seu papel no mercado.

A Lei 8.078/90 nos permite estabelecer quatro conceitos diferentes para os consumidores. O primeiro deles é visto no art. 2º, *caput*, no qual o consumidor é tido como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Ocorre que existem divergências doutrinárias, advindas das teorias dos finalistas e dos maximalistas, no tocante à interpretação da expressão “destinatário final”. A primeira teoria defende que o consumidor seria aquele que adquire ou utiliza o produto para uso próprio ou de sua família, não podendo adquiri-lo para revenda ou como meio de produção de renda, caracterizando, assim, como não-profissional e preenchendo o requisito do destinatário final.

Já a segunda teoria, a teoria dos maximalistas, é favorável à aplicação da proteção do consumidor de forma mais abrangente, de modo que o Código de Defesa do Consumidor protegesse tanto pessoa física quanto pessoa jurídica, desde que preenchessem o critério da obtenção do produto ou serviço como “destinatário final”.

Apesar dessa discussão doutrinária, nenhuma delas é adotada, no Brasil, de forma majoritária. A teoria adotada no território é a teoria do finalismo aprofundado que se baseia na ideia da vulnerabilidade do consumidor, que será estudada no próximo tópico.

O finalismo aprofundado se concentra na ideia de consumidor final imediato e de vulnerabilidade, em que, se provada a condição de vulnerável, haverá a proteção pelo direito do consumidor.

4.2 A vulnerabilidade do consumidor

O direito do consumidor, como qualquer área do direito, procura se basear em alguma peça chave para nortear sua aplicação. Essa peça fundamental adotada,

principalmente com o modelo de mercado atual, é a vulnerabilidade do consumidor que, segundo Benjamin, Marques e Bessa (2010, p. 87), “é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção”.

[...] a conduta das firmas participantes da indústria é a de promover inovações, para modificar as condições de concorrência, visando obter poder de mercado. O desempenho desse processo no decorrer do tempo altera a estrutura original do mercado. Assim, algumas firmas, objetivando alcançar vantagem competitiva, utilizam-se de F&A para fortalecerem-se ao ponto de impedir a entrada de novos agentes na indústria e controlarem os preços de mercado. Entretanto, as estratégias de barreira de entrada de novos agentes no mercado para a obtenção de vantagem competitiva é prejudicial para a livre concorrência, e, conseqüentemente para os consumidores, que devem sujeitar-se aos preços e condições impostos pelas firmas estabelecidas no mercado (SENHORAS, 2003, *apud* SOUZA; COUTINHO, 2013, [s.p.]).

Essa sujeição aos preços e condições impostas pelas firmas estabelecidas no mercado que Senhoras ditou é um dos fatos que nos levam a afirmar que os consumidores ocupam o posto vulnerável das relações do mercado.

Dessa forma, se viu a necessidade da adoção da proteção do Consumidor pelo legislativo, visto que anteriormente à Constituição Federal de 1988 apenas os doutrinadores defendiam a proteção sistemática ao consumidor, enquanto que os magistrados utilizavam os Códigos Civil e Comercial para a solução de litígios que envolviam relações de consumo. Assim, na promulgação da Constituição Federal de 1988, nos arts. 5º, XXXII e 170, V, houve a decretação de que o ordenamento jurídico brasileiro adotava como um de seus princípios fundamentais o princípio da proteção do consumidor.

Sobre isso, Adolfo Nishiyama (2002, p. 195) diz que

o Texto Constitucional de 1988 inovou o ordenamento jurídico brasileiro ao tutelar os interesses dos consumidores consagrando direitos e garantias, algumas explícitas e outras implícitas. Dessa forma, todo o sistema jurídico brasileiro deverá ser interpretado de acordo com o princípio da proteção do consumidor, sob pena de inconstitucionalidade.

Sendo assim, apesar da existência do Código de Defesa do Consumidor, em que pese se tratar de lei ordinária, podendo ser revogada, “as normas que protegem os consumidores não podem ser abolidas da Constituição por tratar-se de cláusulas pétreas. Dessa forma, o Poder Constituinte derivado deverá preservar esse principal fundamental consagrado no bojo da Constituição” (NISHIYAMA, 2002, p. 196). Assim, fica determinado que os consumidores sempre estarão protegidos nas relações de consumo em que forem participantes.

4.3 O mercado consumidor e os efeitos da concentração

Visto isso, é possível dar início aos efeitos que a criação do Grupo Latam Airlines S.A. pode ocasionar ao mercado consumidor.

As empresas Tam S.A. e Lan Chile S.A., por meio da criação do Grupo Latam Airlines S.A., almejavam conquistar alguns objetivos próprios para se manterem como imagem de referência e líderes de mercado no continente. Ocorre que esses objetivos não afetam apenas as sociedades empresárias, afetam, também, o mercado consumidor, podendo até colaborar, impulsionando alguns setores do país.

Ainda, tem-se que a união das empresas pode provocar um avanço tecnológico do país, fortalecendo a economia, especialmente no que concerne à concorrência internacional. Verifica-se, assim, que há um paradoxo: a concentração de capitais é essencial ao progresso e à eficiência do sistema produtivo e acarreta instabilidade desse próprio sistema (SANTOS, 2006, p. 4).

Esse avanço em algum setor específico do país pode ser visto no caso em tela quando o Tribunal de Livre Concorrência estipulou as condições as empresas Tam S.A. e Lan Chile S.A. Mais especificamente em duas delas, que são a manifestação com opinião favorável à abertura unilateral do céu do Chile a empresas aéreas de outros países, sem exigências de reciprocidade e o comprometimento à promoção do crescimento e da operação normal dos aeroportos de Guarulhos/SP e Arturo Merino Benítez, em Santiago, a fim de facilitar o acesso de outras companhias aéreas.

Observa-se que, na primeira condição citada, a abertura unilateral do céu chileno colabora com o desenvolvimento do mercado aéreo no país, de modo que será necessária uma melhor infraestrutura para melhor receber as possíveis outras empresas aéreas. E, na segunda, a promoção do crescimento e comprometimento com a operação normal dos aeroportos das cidades sedes das empresas auxilia a manutenção desses aeroportos, não só para melhor receber outras empresas, mas também melhor receber os passageiros, sejam eles turistas ou não.

Em relação a outras empresas, a condição que, identicamente imposta pelos dois órgãos reguladores, pode auxiliar no crescimento e manutenção da concorrência por parte das outras empresas foi a cessão de *slots* de pouso e decolagem. Visto que a disparidade entre as empresas aéreas é maior no Chile, o Tribunal Chileno estabeleceu mais uma condição, intencionando diminuir essa disparidade, determinando à Lan Chile S.A. que abrisse mão de quatro frequências para Lima, sendo que essas deveriam ser entregues às outras companhias aéreas chilenas e que restringisse a sua participação em licitações de novas frequências.

Em relação aos consumidores, todas as condições impostas irão beneficiar o consumidor de certo modo, mas existem outros benefícios aos consumidores que estão mais ligados às questões práticas da operação.

Por meio de informe em seu site, a Lan Chile S.A. (2013) destaca que

as companhias aéreas do LATAM Airlines Group oferecerão a seus passageiros mais voos, para mais destinos, que qualquer outro grupo de aviação da América do Sul, chegando a aproximadamente 150 destinos, em 22 países e transportando

cargas para 169 destinos em 27 países.

O LATAM Airlines Group formará a melhor malha aérea da América do Sul e, paulatinamente, beneficiará aos passageiros da LAN e da TAM com uma maior conectividade, melhores itinerários e frequências, e com a diminuição no tempo de conexão.

Analisando esse informe, é possível perceber que a união das sociedades empresárias em um único grupo irá proporcionar uma vasta quantidade de benefícios praticados, que serão melhor aproveitados pelos consumidores.

Assim, conclui-se que a fusão empresarial que originou o grupo *Latam Airlines S.A.*, se cumpridas todas as condições estabelecidas, traz um vasto leque de benefícios ao mercado consumidor.

5 Conclusão

Diante do que foi explanado pelo trabalho, a operação que originou o grupo *Latam Airlines S.A.* preenche o requisito básico de uma fusão empresarial, qual seja, a união de duas ou mais empresas para a formação de uma. Ocorre que, diferentemente do que normalmente acontece em uma fusão, as empresas bases da fusão, *Tam S.A.* e *Lan Chile S.A.*, não se extinguíram, sendo assim o grupo criado tem seu corpo diretor e seus cargos de gerência, porém as sociedades empresárias originárias do grupo mantiveram toda a sua estrutura funcional.

Além disso, algumas peculiaridades corroboram com as contestações sobre a real natureza jurídica dessa operação. Inicialmente, observa-se que enquanto o CADE estabeleceu apenas duas condições para a concretização do processo, o Tribunal de Livre Concorrência Chileno, por sua vez, impôs onze restrições, o que nos faz questionar sobre tamanha diferença entre o número de restrições impostas e, conseqüentemente, nos leva a crer que a *Lan Chile S.A.* deve ser considerada como a empresa majoritária do processo.

Não obstante, no capítulo referente às cotas para capital votante, nota-se que a empresa *Tam S.A.* não terá ligação com o direito econômico e deixará de ser registrada como companhia brasileira de capital aberto, subentendendo a ligação, em sua totalidade, com a empresa *Lan Chile S.A.* Além disso, a empresa chilena será a que terá suas ações abertas ao mercado de ações.

Outra peculiaridade notável, mas em relação ao mercado consumidor, é a de que a ocorrência explícita da operação de compra tornaria mais perceptível o monopólio do setor, de modo que a empresa teria controle dos preços e das rotas e as concorrentes não conseguiriam alcançá-la. Essas conseqüências do monopólio causariam extremo prejuízo aos consumidores.

Portanto, apesar de possuir semelhanças com a forma de concentração denominada fusão, esta é apenas a imagem externa da operação. Desse modo, conclui-se que, na prática e internamente, a real natureza jurídica da operação que originou o grupo *Latam Airlines S.A.* está mais próxima de ser aquisição ou compra.

Referências

AVISO sobre permuta de slots no Aeroporto Internacional de São Paulo/Guarulhos. In: *LATAM AIRLINES GROUP*. Disponível em:

<<http://www.latamairlinesgroup.net/phoenix.zhtml?c=251290&p=irol-slotsGRU>>.

Acesso em: 22 set. 2013.

BENJAMIN, A. H. V., MARQUES, C. L., BESSA, L. R. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GUSMÃO, Rossana Malta de Souza. Regulação e defesa da concorrência no setor aéreo. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2904, 14 jun. 2011. Disponível em:

<<http://jus.com.br/artigos/19333>>. Acesso em: 22 set. 2013.

Grupo LATAM Airlines seleciona a oneworld como sua aliança global. In: *LATAM AIRLINES GROUP*. Disponível em:

<<http://www.latamairlinesgroup.net/phoenix.zhtml?c=251290&p=irol-newsArticleMedia&ID=1793636&highlight=>> Acesso em: 22 set. 2013

LAN E TAM anunciam intenção de se unirem. In: *TAM LINHAS AÉREAS S.A. – PAIXÃO POR VOAR E SERVIR*. Disponível em:

<<http://www.tam.com.br/b2c/vgn/v/index.jsp?vgnextoid=8a191a8884d6a210VgnVCM1000009508020aRCRD>>. Acesso em: 22 set. 2013.

MARTINS, Uadson Ulisses Marques Martins. *Stakeholders e as organizações*. Disponível em:

<http://www.fiescnet.com.br/senai/conhecimento/arquivos/anais/DraAline/STAKEHOLDERSEASORGANIZACOES.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2013.

MATIAS-PEREIRA, José. Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência. *Rev. adm. contemp.*, Curitiba, v. 10, n. 2, jun. 2006. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-6552006000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 22 set. 2013.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A Proteção Constitucional do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 01. 209 p.

PEREIRA, Ana Paula Camilo (2012). *Dinâmica Empresarial no setor de transporte aéreo brasileiro: criando e sustentando estratégias competitivas*. Disponível em:

<<http://www.ub.edu/geocrit/coloquio2012/actas/13-A-Camilo.pdf>> Acesso em: 22 set. 2013.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. O Processo de Flexibilização e as Fusões e os Acordos de Cooperação no Mercado de Transporte Aéreo de Passageiros In: *Secretaria*

de Acompanhamento Econômico//MF – Documento de Trabalho n. 32. Fev. 2006.

RIBEIRO, Bruno Servello. As fusões e incorporações: Consequências e soluções diante do mercado consumidor, da concorrência e do mercado de valores mobiliários. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 73, fev 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7144>. Acesso em: 22 set. 2013.

SANTOS, Renata Rivelli Martins dos. A concentração empresarial. Caracterização das operações de concentração. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 989, 17 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8103>>. Acesso em: 22 set. 2013.

SOUZA, Ana Gabriella Reis de; COUTINHO, Amanda Luise Veloso. A atuação do CADE no controle das fusões e aquisições de empresas. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3669, 18 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24960>>. Acesso em: 22 set. 2013.

TORRES, Fernando. Acordo prevê ações classe A e B na Tam. In: *Valor Econômico*, Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/842191/acordo-preve-acoes-classe-e-b-na-tam>> Acesso em: 22 set. 2013.