

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL E O PAPEL DO CADE NO
CONTROLE DA CONCORRÊNCIA COMO FORMA DE
MANUTENÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA**

Vinícius Magno de Freitas Alencar

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL E O PAPEL DO CADE NO
CONTROLE DA CONCORRÊNCIA COMO FORMA DE
MANUTENÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA**

Vinícius Magno de Freitas Alencar

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Guilherme Prado Bohac de Haro.

Presidente Prudente/SP
2013

**CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL E O PAPEL DO CADE NO
CONTROLE DA CONCORRÊNCIA COMO FORMA DE
MANUTENÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

Guilherme Prado Bohac de Haro

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues

Ana Laura Teixeira Martelli

Presidente Prudente, 28 de outubro de 2013.

“Tente uma, duas, três vezes e se possível tente a quarta, a quinta e quantas vezes for necessário. Só não desista nas primeiras tentativas, a persistência é amiga da conquista.

Se você quer chegar aonde a maioria não chega, então faça o que a maioria não faz.”

Bill Gates

AGRADECIMENTOS

A realização deste trabalho, assim como todas as etapas que me levaram há este momento, tanto durante o curso quanto nos aspectos gerais de minha vida acadêmica e profissional, demandou o emprego de algum esforço, disciplina e dedicação.

Agradeço a Deus tudo o que por mim fizestes, bem como por permitir que, nos momentos de superação e transposição de tantos obstáculos, estivesse cercado por pessoal que de fato acrescentaram algo a minha vida como ser humano.

Evitarei aqui mencionar nomes, de modo a afastar qualquer possibilidade de incorrer em irreparável e incompensável iniquidade, caso, por ocasião, viesse a me esquecer de citar alguém cuja importância não merecesse tal descaso.

Ainda assim, que fique registrado meu agradecimento a todos àqueles que, ainda que por um único instante, acreditaram e depositaram em mim sua confiança.

Grato sou por tudo que me fora dado!

RESUMO

O presente estudo se prestou a analisar a estrutura de defesa da concorrência no mercado nacional, exercida principalmente pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), como forma de manutenção da estabilidade e da ordem econômica interna, em especial, no que se refere às operações de concentração entre entidades empresárias, que possam influenciar o mercado econômico. Foram tratados com maior minúcia os principais atos concentracionistas utilizados no cotidiano da atividade empresarial, assim como os modelos estratégicos que geram cooperativismo entre empresas no exercício de seus empreendimentos, capaz de deturpar a concorrência no mercado. Ainda, apontaram-se algumas das ações comerciais mais corriqueiras que, dentre inúmeras outras, implicam em imperfeição concorrencial, como a prática monopólica e o comportamento oligopolista que, como demonstrado, deturpam a composição da grande maioria da economia mundial, afastando-os do modelo de mercado concorrencial considerado perfeito. Além disso, apresentou-se a necessidade de se arquitetar um mercado estável e equitativo para que se possa alcançar o pleno o progresso da nação, circunstâncias em que a concorrência se perpetra como o fenômeno basilar para que isso ocorra, quer na qualidade de medida reguladora natural do sistema econômico de dado mercado, progenitora da regularidade da relação consumerista, quanto como requisito indispensável a uma saudável e variada relação de consumo. Verificou-se, ainda, a necessidade de dirigismo governamental, jurídica e administrativamente, de modo a coibir comportamentos abusivos e desleais, como abusos e centralizações econômicas, demonstrando-se o quão imprescindível se faz a atuação do Estado para a manutenção da ordem econômica e social. Neste cenário, foi analisado o CADE, como principal ente integrante do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, na vigência da Lei nº 12.529/11 (Lei antitruste), apurando-se a real essência de seu papel no controle da ordem econômica nacional, dando-se enfoque no que diz respeito à atuação prévia do conselho no exame das operações concentracionistas empresariais e os efeitos que tais atos poderão causar na concorrência do mercado nacional.

Palavras-chave: Concentração. Empresa. Concorrência. Mercado. Ordem Econômica.

ABSTRACT

This study will lend itself to analyze the structure of competition protection in the domestic market exerted by the Administrative Council for Economic Defense, as a way of maintaining stability and economic order in the internal market, in particular with regard to concentrations between entities, entrepreneurs, which might influence the economic market. Will be treated in greater detail the principal acts concentrationist used in everyday business activity, as well as models that generate strategic cooperation among companies in the exercise of its projects, capable of distorting competition in the market. Still, will market to some of the most mundane practices that, among many others, imply imperfection competitive as monopolistic and oligopolistic behavior practice, as can be seen, permeate the structure of the various economic markets of the world, away from the model competitive market considered perfect. Additionally, you may have been a sense of the need to form a balanced economy for the nation's progress, and competition is fundamental to the phenomenon that occurs both as a regulatory measure natural economic system given market, the progenitor of the regularity of the relationship consumerist, as prerequisite to a healthy and varied consumer relationship. Check will also need to dirigiste government, legal and administrative, in order to curb unfair and abusive behavior, such as abuse and economic centralization, showing up just how crucial it is the role of the state to maintain order economic and social. In this scenario, the CADE will be analyzed, as the main body member of the Brazilian System of Competition Defense, the Under Law No 12,529 / 11 (market of law), calculating up the real essence of his role in the market of national economic order, giving up approach with regard to the actions of the previous board exam concentrationist business operations and the effects that such actions may have on competition in the domestic market.

Keywords: Concentration. Business. Competition. Market. Economic Order.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL | 12 |
| 2.1 Noções Gerais | 12 |
| 2.1.1 Concentração horizontal | 17 |
| 2.1.2 Concentração vertical | 18 |
| 2.1.3 Conglomerados | 19 |
| 2.2 Evolução Histórica dos Atos de Concentração | 21 |
| 2.3 Concentração Empresarial x Centralização do Poder Econômico | 26 |
| 2.4 Dos Principais Princípio Norteadores | 30 |
| 2.4.1 Da livre iniciativa | 31 |
| 2.4.2 Da livre concorrência | 34 |
| 2.4.3 Da função social da empresa | 37 |
| 2.4.4 Da defesa do consumidor | 40 |
| 2.5 Operações de Concentração Empresarial | 43 |
| 2.5.1 Da fusão | 44 |
| 2.5.2 Da incorporação | 47 |
| 2.5.3 Da cisão | 50 |
| 2.5.4 Da transformação | 54 |
| 2.6 Modelo de Cooperação Temporária | 57 |
| 2.6.1 <i>Joint venture</i> | 58 |
| 2.6.2 Consórcio empresarial | 60 |
| 2.7 Breves Conclusões | 61 |
| 3 DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO ECONÔMICO | 63 |
| 3.1 Noções de Mercado | 63 |

| | |
|--|------------|
| 3.2 A Concorrência | 66 |
| 3.2.1 Da concorrência perfeita | 68 |
| 3.2.2. Da concorrência imperfeita | 73 |
| 3.2.2.1 Monopólio | 76 |
| 3.2.2.2 Oligopólio | 79 |
| 3.2.2.2.1 Oligopólio de conluio | 81 |
| 3.2.2.2.2 Oligopólio de empresa dominante | 83 |
| 3.2.2.3 Outros atos de concorrência imperfeita | 85 |
| 3.3 A Defesa da Concorrência no Mercado Interno | 89 |
| 3.3.1 Aspecto histórico da defesa da concorrência no cenário nacional | 89 |
| 3.3.2 Generalidades trazidas pela Lei nº 12.529, uma nova política de defesa concorrencial | 92 |
| 3.4 Breves Conclusões | 95 |
| 4 DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE) | 97 |
| 4.1 A Entidade e sua Natureza Jurídica | 97 |
| 4.2 – Da Estrutura Interna do CADE | 99 |
| 4.3 Das Atribuições de Alçada do CADE | 105 |
| 4.4 Da Procuradoria Federal Vinculada ao Conselho | 109 |
| 4.5 A Possibilidade de Reexame Jurisdicional dos Atos Administrativos do CADE | 112 |
| 4.6 O Real Papel do CADE no Controle da Concorrência como Forma de Manutenção da Ordem Econômica | 115 |
| 5 CONCLUSÃO | 124 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 127 |

1 INTRODUÇÃO

Desde que passou a existir o conceito de mercado, sempre houve práticas consideradas desleais e abusivas, voltadas ao domínio e centralização econômica, ainda que tais fenômenos não gozassem de tanta atenção e importância como nos dias de hoje, sendo que, o mundo hoje vivenciado, caracterizado pela globalização e quebra de barreiras do mercado mundial na sociedade capitalista, tais ocorrências já não mais passam despercebidas, podendo ser sentidas nas mais simplórias relações negociais.

A partir de então, vários estudiosos tanto da Economia quanto do Direito vêm tentando montar um verdadeiro “quebra-cabeça” ao formular maneiras de se construir um mercado verdadeiramente equilibrado e consistente, defeso contra qualquer fenômeno (ou a maioria deles) que possa torná-lo imperfeito do ponto de vista econômico e social.

Com o passar do tempo e a evolução do homem a economia de mercado se tornou objeto de várias divergências entre nações, chegando, até mesmo, a ser motivo de conflitos bélicos, os quais, diga-se, também tiveram relevante contribuição para a evolução do mercado internacional; tal realidade pode ser vista logo após a segunda guerra mundial, quando se firmaram os primeiros pactos celebrados em matéria de comércio internacional.

Com todas as reviravoltas históricas, tornou-se pacífico a ideia de essencialidade de uma economia de mercado consistente para a evolução da nação e da humanidade como um todo, tornando-se este um elemento sócio-ideológico de liberdade e cidadania dos mais diversos Estados do globo.

Nesta seara, enxergou-se a concorrência como o fenômeno natural e imperioso de regularidade das relações de mercado, capaz de assegurar uma estabilidade à economia pública, nivelando os valores, conferindo qualidade aos produtos e serviços oferecidos, ditando a demanda de matéria-prima e mão-de-obra, dentre outros fatores.

Fenômeno este que, na era do poder econômico pela exacerbação de lucros e do consumo pelo consumo, tende a ser lançado no esquecimento social, ficando a mercê dos agentes dominadores do mercado, pondo-se a perder todo o potencial de desenvolvimento e consolidação econômica do Estado, exigindo deste uma atuação direta e efetiva no controle e repressão de todo e qualquer fenômeno que tenha o condão de atentar contra a concorrência de mercado, de modo a manter certa ordem econômico-social.

Some-se a isso o fato de que, desde a instauração do modelo capitalista contemporâneo, em que as atenções do mundo se voltaram à indústria

como principal fonte de poder econômico, tendo como divisor de águas a revolução industrial no final do século XVIII e início do século XIX, o fato de a atividade empresarial ter se tornado a base mestra da economia universal.

Neste panorama, o exercício empresarial se revelou bastante dinâmico, à medida que, passou a gravitar em torno desta nobre prática a grande maioria dos elementos capazes de contribuir para o desenvolvimento econômico das nações mundiais ou, se desregulado, decretar seu completo declínio.

Destarte, os percalços que passaram a envolver o exercício da atividade empresarial tornaram-na uma ciência complexa e nem sempre exata, fazendo com que, aqueles que se aventuram a tal empreitada utilizem de práticas estratégicas cada vez mais ardis, capazes de manter a empresa nos trilhos, benefício este que, muitas vezes, é alcançado em detrimento do bem estar coletivo.

Dentre tais práticas estratégicas, vem ganhando destaque os atos de concentração empresarial, impulsionado pelo programático desenvolvimento da economia mundial, como as fusões e incorporações empresariais, indubitavelmente capazes de influir substancialmente na economia das mais variadas nações e da comunidade mundial como um todo, cuja complacência ou nocividade à economia de mercado somente pode ser medida perante uma análise do caso *in concreto*.

Com efeito, a premência da atividade dirigente do Estado na economia torna-se indiscutível, considerando que, compete-lhe zelar pelo bem estar social, o que, no Brasil, se realiza, principalmente, através do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), entidade instrumental do executivo federal, conforme será melhor declinado no item quatro deste trabalho.

Este estudo objetiva analisar, por método expositivo e exemplificativo, a conotação estrutural de defesa da concorrência de mercado que atualmente vivenciamos no Brasil, realizando uma avaliação crítica acerca do real papel do CADE para a manutenção da ordem econômica no mercado interno, diante do novel diploma antitruste, que tem como referência a proteção ao fenômeno da concorrência no mercado econômico.

O tema proposto, apesar de ser elemento muito presente em uma sociedade capitalista, carece de melhor atenção, pois, não é incomum verificar parcelas da sociedade refém de práticas abusivas de agentes centralizadores do poder econômico, o que mostra-se como fator socialmente relevante, justificando, inclusive, seu estudo.

Este trabalho acadêmico tomou como base material bibliográfico, debruçando análise sobre aspectos econômicos concorrenciais de notoriedade internacional, com aplicabilidade e efeitos imediatos na estrutura de mercado interno, utilizando de um ponto de vista contemporâneo e peculiar em relação à desarmonia concorrencial que resiste aos séculos e aos avanços da sociedade.

Sintaticamente, buscou-se com este avaliar a essência do CADE na defesa da concorrência, elemento basilar de um mercado econômico que, de fato, reflita a justiça social dele se esperada, capaz de manter e desenvolver a ordem econômica nacional.

2 CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL

2.1 Noções Gerais

Inicialmente, antes de adentrarmos profundamente ao tema proposto neste capítulo, cumpre-nos tecermos algumas considerações acerca do que se considera atividade empresarial no panorama nacional.

O Código Civil vigente, Lei nº 10.406/02, no Livro II, que trata do Direito de Empresa, conceitua em seu artigo 966 quem é considerado empresário, narrando: Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Partindo desta disposição legal, em uma conceituação lógica, podemos considerar que atividade empresária consiste, basicamente, na prática habitual de produção ou disponibilização comercial de coisas e/ou serviços que despertam algum interesse de consumo, de maneira organizada, estruturada e com formal regularização no órgão competente, voltada a obtenção de contraprestação/vantagem econômica.

Cumpramos salientarmos, porém, que, no desenvolver deste trabalho, ao tratarmos de empresa estaremos nos referindo à expressão em sentido empírico, ao passo que, tecnicamente falando, a autêntica essência do algoritmo empresa sugere a ação empresarial, isto é, o efetivo exercício pelo agente da atividade de natureza comercial, ao contrário, portanto, do contexto corpóreo construtível, passível de apropriação, que se possa fazer imaginar.

Assim, nos ateremos há uma referência que, embora não reflita a melhor técnica ao tratarmos de empresa, visa prestigiar uma mais perfeita compreensão do contexto desenvolvido.

Pois bem, ao longo da história, com os avanços da indústria, do comércio exterior e, principalmente, do exercício efetivo da atividade empresária interna por maior parcela da sociedade, que passou a enxergar neste ramo uma oportunidade de prosperar economicamente, vários pontos positivos puderam ser observados, como criação e produção em grande escala de objetos que contribuem para a qualidade de vida social e a possibilidade de substituição imediata de determinados bens ou serviços essenciais ao cotidiano social regular, contudo, da mesma forma que as vantagens, verificou-se surgir inúmeros outros pontos negativos, como a perda da qualidade de produção individualista, práticas

abusivas de mercado, ganhos individuais em detrimento de perdas da coletividade, dentre o outros.

Neste cenário, o dinamismo efêmero do mercado econômico, que de tão instável demonstrou várias vezes poder sofrer drásticas mudanças em razão de acontecimentos que a maioria consideraria insignificantes, contribuiu para o surgimento de ideias acerca do controle do mercado, como forma estratégica de sobrevivência empresarial e manutenção da ordem econômico-social.

Consoante, dentre tantas teorias sugeridas por estudiosos em geral, emergiu-se a ideia de concentração empresarial, originariamente proposta como meio, intrínseco e extrínseco, de proteção da empresa em relação às variações do mercado como um todo.

Mas, o que seria a essência da concentração empresarial?

Nas lições de Nuno Carvalho, emérito doutrinador do âmbito da concentração de empresas e por vezes citado em obras dessa natureza, concentração empresarial consiste em:

Todo o ato de associação empresarial, seja por meio da compra parcial ou total dos títulos representativos de capital social seja através da aquisição de direitos e ativos, que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial.¹

Portanto, podemos conceituar concentração empresarial como sendo todo pacto entre duas ou mais entidades empresariais proveniente de livre manifestação de vontade, tendentes a condicionar e reestruturar o exercício da atividade empresarial de determinadas entidades, de acordo com os mandos de um único gestor, ou dissolver um vínculo pré-existente com objetivo de formar outro.

Destarte, o ato de concentração de empresas faz com que entidades empresariais que antes respondiam de maneira independentes passem a atuar de maneira una, sob a administração de um único corpo gestor, figurando no mercado, de maneira definitiva, com estrutura modificada e com um nome empresarial específico, já estabelecido anteriormente ou um criado pelo próprio ato de concentração.

Destacado isso, saltam aos olhos alguns elementos que mostram-se indispensáveis para concluirmos pela existência do autêntico ato concentracionista empresarial, como: exercício da atividade de maneira diferenciada pelas entidades empresárias envolvidas na operação em relação as anteriormente desenvolvidas (ainda que no mesmo ramo de mercado), substancial modificação estrutural das

¹ CARVALHO, Nuno T. P.; obra: As Concentrações de Empresas no Direito Antitruste, 1995, Edra. Resenha Tributária, pág. 91/92.

empresas e inexistência de termo *ad quem* do pacto de concentração (isto é, acordo não temporário).

A concentração de empresas pode revelar-se por diversas facetas, não podendo ser classificada, friamente, nem como ato nocivo a ordem econômica, nem como paradigma absoluto de melhoria de mercado, carecendo serem analisados, casuisticamente, os elementos que conglobam cada operação.

Inicialmente, a ideia de concentração de empresas surgiu como um mecanismo de proteção aos entes empresariais, tanto em relação às constantes variações de mercado, como na questão de influência dominadora das grandes companhias de exacerbados recursos financeiros atuantes do mesmo mercado.

Há algum tempo, por volta das décadas de 70/80, não era incomum no Brasil que pequenas e médias empresas utilizassem do mecanismo de concentração empresarial para expandir sua atuação em determinado mercado, possibilitando uma rivalidade regionalizada com as multinacionais estrangeiras que, com grandes investimentos, preconizavam uma dominância do mercado interno.

Neste contexto, assevera Bulgarelli:

Em relação a grande empresa, cujo papel na economia moderna tem sido abundantemente exaltado, é necessário ter-se presente que, afinal, a dimensão ótima não decorre necessariamente da empresa gigante, servindo o ato de concentração a diversos outros aspectos. Já com relação às pequenas e médias empresas, teme-se seu completo desaparecimento, razão pela qual alguns países como a Espanha, e mais recentemente o Brasil, por exemplo, atribuem uma série de incentivos a este seguimento, sobretudo de ordem fiscal e concentracionista, para seu desenvolvimento.²

Estes acontecimentos ganharam certo destaque no cenário nacional, contando, inclusive, com certo apoio governamental, conforme observou Bulgarelli:

A posição do Estado brasileiro foi então de amplo apoio à concentração, notadamente no seu aspecto de fusão e incorporação, e se manifestou de um lado, deixando ampla liberdade para a formação de vários tipos de ajustes, convênios, consórcios etc., desde que não tivessem por fim o domínio do mercado e a eliminação da concorrência para a obtenção de lucros anormais, pela fixação artificial de preços.³

² BULGARELLI, Waldírio. Concentração de Empresas e Direito Antitruste. Ed. Atlas S.A., 1996, pág. 24/25.

³ BULGARELLI, Waldirio, obra: Concentração de Empresas e o Direito Antitruste. Ed. Atlas, 1996, pág. 110.

Entretanto, a ocorrência deste fenômeno em grande escala e de maneira desenfreada acabava por gerar efeitos reversos, implicando em uma situação de eliminação direta da concorrência, culminando com o poder econômico restrito a vontade de poucos.

Da mesma forma, muito se viu a utilização do mecanismo de concentração como forma de salvação de empresas, pois, era corriqueiro, e ainda é utilizado atualmente, o ato de uma empresa em grave crise financeira submeter-se a uma união com outra entidade ou grupo de entidades empresárias com o objetivo de afastar-se de uma iminente falência.

Tal estratégia, entretanto, também possui seu lado temerário, pois, de forma direta ou indireta um ato de concentração implicará certa reação na concorrência de mercado, sendo, na maioria das vezes, enxergado como negativo, o que motivou o levante de uma situação de aparente paradoxo em relação aos valores socioeconômicos, afinal, o que deveria ser prestigiado em detrimento do outro, a livre concorrência e equilíbrio do mercado econômico ou o interesse social da empresa?

Parece lógico que, neste caso, qualquer decisão com base em critérios abstratos revelaria uma imperfeição prática, à medida que, cada caso iminentemente apresentaria suas peculiaridades próprias, assim, a melhor saída que se encontrou fora a criação de um sistema cognitivo independente responsável pela apreciação de cada caso separadamente, incumbido de decidir, ao final, aplicando critérios teóricos, qual opção atende melhor ao interesse coletivo.

Com isso, mecanismos governamentais foram criados para apreciação de tais operações, o que por tempos se fez valendo-se da teoria do *Failing Company Defense*⁴, que é uma teoria originalmente norte americana, forjada nas trincheiras do sistema jurídico do *Common Law*, utilizada como postulado normativo responsável por instruir uma ponderação acerca da aplicação premente do princípio do interesse social da empresa em detrimento do princípio da livre concorrência no mercado ou o inverso, sopesando a influência negativa que tal ato surtiria nas relações socioeconômicas.

Contudo, a despeito do caráter protecionista do mecanismo concentracionista, empiricamente falando, muitas vezes o ato de concentração empresarial serve a propósitos nefastos, voltados apenas e tão somente a concentração de poder econômico e controle de mercado por poucos atuantes,

⁴ A aplicação desta teoria no cenário nacional, em um momento histórico, acabou por criar inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da competência para apreciação da permissibilidade (ou não) da concentração empresarial no ponto cataclísmico de um processo de recuperação judicial, sendo que, parte dos estudiosos defendiam que a competência era do juiz singular responsável por conduzir o processo de recuperação, enquanto outros entendiam que a competência assistia ao ente administrativo CADE, o que será melhor destrinchado posteriormente. Apesar disso, neste momento, basta que saibamos que tal teoria ainda é utilizada para decisão de circunstâncias desta natureza.

tratando-se, na realidade, de mero subterfúgio tendente a “monopolizar” determinado mercado econômico.

Nesta linha de raciocínio, brilhantemente observou Paula Forgioni em sua obra “Fundamentos do Antitruste”:

Os acordos entre os agentes econômicos tendem, muitas vezes, a viabilizar a reprodução de condições monopolísticas e, por essa razão, são tradicionalmente regulamentados pelas legislações antitrustes. Em outras palavras, a união entre agentes pode proporcionar um poder econômico tal que permita aos partícipes desfrutar de uma posição de indiferença e independência em relação aos outros agentes econômicos.⁵

Neste contexto, para melhor visualizarmos, imaginemos uma situação hipotética onde um grupo “X” de médias empresas disputam, com as mesmas armas, um mercado em dada região, cada qual exercendo determinada influência de maior intensidade em parcelas iguais deste mercado, nesta situação, se duas ou mais empresas atuantes deste mercado resolvem realizar um ato de concentração, fazendo surgir uma nova e melhorada entidade empresária, com maiores recursos e estrutura, esta empresa naturalmente herdaria uma influencia mais intensa sobre maior parcela do mercado em relação as concorrentes, o que desequilibraria a economia deste mercado, à medida que, a empresa de maiores recursos teria poder suficientes de influir nos valores econômicos do mercado e, eventualmente, impor níveis de lucros abusivos ou executar atos para eliminação da concorrência.

Portanto, fica perceptível que, qualquer ato de concentração de empresas (seja entre concorrentes diretos ou não), por mais insignificante que possa parecer, gerará algum efeito no mercado econômico, sendo que, o que pende de ser analisado em cada caso é qual o grau de influência o ato concentracionista surtirá na economia do mercado, analisando os fatos que motivam a concentração, para, só então, podermos afirmar se determinado ato de concentração é complacente ou nocivo ao interesse socioeconômico.

As concentrações de empresas manifestam-se, a rigor, por três estruturas, sendo elas a concentração horizontal, concentração vertical e conglomerados.

⁵ FORGIONI, Paula, obra: Fundamentos do Antitruste, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, pág. 394.

2.1.1 Concentração horizontal

As concentrações empresariais no sentido horizontal revelam-se como a forma mais clássicas e perceptível em um mercado econômico, consistindo justamente na concentração entre dois ou mais entes empresariais de uma mesma linha da pirâmide de produção. Isto é, empresas que antes agiam de maneira independente, duelando diretamente umas com as outras pela hegemonia em determinado mercado, formulam um pacto de corporificação e passam a atuar neste mercado como uma nova entidade.

Neste orbe, a resolução nº 20/99, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, refletindo o entendimento da entidade acerca da concentração horizontal, conceitua:

As práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios. Em ambos os casos visa, de imediato ou no futuro, em conjunto ou individualmente, o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade.⁶

Com uma visão mais atual, considerada até hoje nos estudos desta natureza, exemplifica Fábio Nusdeo: “Quando vários produtores de matérias-primas se reúnem, apresentando-se no mercado como um único bloco, ou pura e simplesmente quando algumas unidades são compradas por outras.”⁷

Referida estrutura de concentração é, flagrantemente, a que causa os efeitos mais drásticos em termos de concorrência no mercado, ao passo que, agentes empresariais que antes disputavam diretamente entre si um dado mercado, equilibrando sua economia, agora passam a atuar de maneira centralizada em prol do bem estar econômico-financeiro próprio, influenciando nos valores do mercado e, conseqüentemente, pondo em risco sua estabilidade.

Destarte, não é de difícil constatação que, esta estrutura concentracionista revela-se, reincidentemente, como meio explícito de formação de truste, motivada, na maioria das vezes, por mera ambição de domínio do poder econômico, o que faz com que esta prática mereça maior incidência fiscalizadora, atraindo para si os *holofotes* dos agentes estatais reguladores.

⁶ CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Resolução nº 20, de 09 de julho de 1999, anexo I.

⁷ NUSDEO, Fábio, obra: Curso de Economia, Ed. 3, Edra. Revista dos Tribunais, 2001, pág. 274.

2.1.2 Concentração vertical

Por sua vez, a estrutura de concentração de empresas em sentido vertical pressupõe um ato concentracionista envolvendo duas ou mais empresas que ocupam grau de escala diverso na seara de produção/comercialização de um mesmo produto ou serviço.

Na visão de Michael Porter, ainda considerada atual na economia contemporânea, a concentração vertical consiste na “combinação de processos de produção, distribuição, vendas e outros processos econômicos tecnologicamente distintos dentro das fronteiras de uma mesma organização.”⁸

A rigor, tal ato de concentração, menos exorbitante em uma primeira análise, se concretiza entre o fornecedor de material base à confecção do produto e a entidade empresária responsável pela efetiva manufatura do produto final (ou serviço em interpretação *latu sensu*) que será objeto de comercialização.

Todavia, esta estrutura de concentração não deve ser confundida com um pacto de exclusividade de fornecimento que, em verdade, consistiria em uma relação contratual entre agentes independentes, sendo que, neste modelo de concentração vertical há uma essencial alteração na estrutura das entidades empresárias.

Esta estrutura concentracionista, se exercida de maneira desregulada, também possui o condão de influir negativamente no mercado a depender das circunstâncias. Ora, a desnecessidade de um vínculo contratual entre fornecedor de material e empresário produtor, que passaram a agir concentradamente, gera uma considerável desoneração em relação à aquisição de matéria-prima, concedendo a esta entidade empresária vantagem diferenciada em relação a seus concorrentes, permitindo a este influenciar e manipular o mercado, inclusive criando barreiras ao ingresso de novas empresas no ramo.

⁸ PORTER, Michael E. obra: *Estratégia Competitiva – Técnicas para análise de Industrias e da Concorrência*. Edra. Campus, 1986, pág. 278.

2.1.3 Conglomerados

A seu vértice, as conglomerações revelam-se como concentrações empresariais entre agentes onde os objetos de exploração da atividade comercial não guardam entre si qualquer grau de identidade, nem em aspecto característico do produto final, nem em seguimento acessório ou suplementar da mercadoria.

Tal estrutura concentracionista, bastante utilizada nos Estados Unidos da América por volta dos séculos XIX/XX, possui menor popularidade do que as demais supra discriminadas, pois, demanda uma mobilização de entes que atuam em mercados distintos, sem aparente ligação de aspecto produtivo, além de que, esta estrutura de construção demanda o emprego de maiores recursos financeiros..

Todavia, qual a razão da concentração, tendo em vista que as entidades empresárias atuam em mercados distintos e exploram produtos ou serviços sem liame de identidade?

Nesta prática, pressupõe-se uma visão mais abrangente do mercado econômico, em uma ótica de empreendedorismo que não se satisfaz com uma atuação pragmática em um único ramo, passando a utilizar deste meio como forma de ampliar o mercado em que atua, bem como quebrar barreiras em relação ao produto oferecido, tornando-os diversos a ponto de este atender os mais diferentes anseios dos consumidores, solidificando sua marca no mercado.

Novamente, nesta estrutura o que determina o grau de nocividade ou de contribuição que este sistema proporciona a ordem econômica e social é a intensidade e interesses com o qual é gerido, sendo que, em um primeiro momento este modelo poderia sim contribuir em aspectos como a concorrência, desenvolvimento industrial e tecnológico, assim como poderia ser utilizado, a valer-se de sua exacerbada influencia econômica, para uma imposição arbitrária no mercado.

Verifica-se, então, que o instituto da concentração empresarial guarda um grau elevado de instabilidade complexa em relação ao mercado econômico, à medida que, nota-se uma linha bastante tênue que separa a utilização deste mecanismo como forma contributiva à ordem econômico-social e sua valia apenas a centralização abusiva do poder econômico.

Tal relevância faz surgir a necessidade premente de ações dirigentes do poder estatal, que é o responsável natural por ditar normas de convivência social, regulamentando, via geral, juridicamente, a dosagem aceitável de atos de concentração de empresas.

Com esta ótica, discorre Ricardo Camargo em sua obra “Direito Econômico, Direitos Humanos e Segurança Coletiva”:

A intervenção do Poder Público sobre o domínio econômico, em se tratando dos comandos de natureza imperativa ou proibitiva, parte do pressuposto de que a ausência de enunciados normativos heterônomos, a incidir sobre aquela determinada ação jurídica, pode conduzir ao próprio comprometimento da estabilidade do sistema econômico,⁹

No Brasil, desde que os fenômenos concentracionistas ocuparam um cenário de maior substancialidade e visibilidade no mercado econômico, em especial após a segunda grande guerra, inúmeras medidas vêm sendo adotadas com o intuito de controlar tais práticas e conduzir seu exercício a um rumo que beneficie o interesse social, sendo que, o mais recente ato do poder público voltado a esta matéria foi a edição da Lei 12.529/11, que reconfigurou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, criando preceitos vanguardistas de efetiva defesa da economia de mercado.

Contemporaneamente, a grande maioria dos atos concentracionistas são encenados por empresas estruturadas na forma de Sociedade Anônima (S/A) de capital aberto, isto é, grandes empreendimentos com livre venda de valores com cotação em bolsa, o que vem atraindo a atenção de maior parte da sociedade em geral nos últimos tempos.

À guisa de exemplo, temos a recente concentração havida entre as empresas bancárias Banco Santander S. A. e Banco ABN AMRO Real S. A., onde o segundo fora incorporado ao Banco Santander, passando a integrar sua estrutura no mercado, agigantando ainda mais a participação no mercado da marca Santander.

A despeito disso, o que de fato mostra-se relevante e merece ser mais bem analisado em uma prática concentracionista são os efeitos causados pelo ato de concentração no mercado econômico e não seu desenrolar propriamente dito, pois, muitas vezes, mesmo envolvendo transação com astronômicas cifras, pode ocorrer de o ato de concentração não despertar o interesse social, por quanto outros aparentemente mais simples, possuir grande relevância ao mercado.

As modalidades de concentração empresarial são bastante diversificadas, podendo se revelar por diversos meios, como a fusão, incorporação, transformação e até mesmo cisão de empresas, conforme veremos ao tratarmos mais especificamente das modalidades de concentração, no tópico “Operações de Concentração Empresarial” deste trabalho.

⁹ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas, obra: Direito Econômico, Direitos Humanos e Segurança Coletiva. Ed. Núria Fabris, 2007, pág. 42.

2.2 Evolução Histórica dos Atos de Concentração

O ato concentracionista perfaz-se na conglobância de vários fatores que são impulsionados pelo anseio de se atingir um objetivo comum entre os pactuantes, implicando algum efeito nas mais diversas áreas das ciências sociais.

Atualmente, não se tem uma noção exata do marco inicial dos atos de concentração, pois, apesar de inúmeros estudos realizados, não há relatos precisos do primeiro fenômeno concentracionista entre empresas a qual podemos nos ater como termo *a quo* de tal prática.

Considera-se que, a prática embrionária do hoje conhecido ato de concentração de empresas remonta ao final do século XVIII e início do século XIX no imediato pós-revolução industrial, em algum momento entre 1760 e 1840, com as crescentes uniões societárias que tomaram grandes proporções à época, impulsionadas pelo crescente desenvolvimento econômico das indústrias e maior abrangências das relações de mercado.

Com estes termos afirma Bulgarelli:

O movimento concentracionista moderno tem sua origem perfeitamente identificada na Revolução Industrial, não obstante tivesse permanecido como que obscurecido pelos progressos técnicos que a Revolução trouxe. É a partir, portanto, da segunda metade do século passado que o movimento se instaura com vigor, desenvolvendo-se irresistivelmente pelos vários pelos vários países e nos vários setores da economia.¹⁰

Durante a maior parte do século XIX, com o desenvolvimento da indústria e crescimento econômico capitaneado pelas grandes potências da época, dos quais se destacam Estados Unidos da América, França, Itália, Grã Bretanha e Alemanha, começou a se aventar com maior ênfase a ocorrência de tais práticas, bem como alguns efeitos colaterais que as acompanhavam, tendo-se as primeiras noções da necessidade de intervenção pública de normatização deste fenômeno, visando o controle do crescimento desenfreado da atividade empresarial e as grandes transações financeiras que elas envolviam.

Após isso, outros grandes fatos históricos que teriam contribuído com as premissas concentracionistas foram as grandes quebras econômicas de 1880 e 1929¹¹, ao passo que, em tempos de recessão das grandes potências mundiais,

¹⁰ BULGARELLI, Waldirio, obra: Concentração de Empresas e Direito Antitruste, 2. Ed. Era, Atlas 1996, pág. 20.

¹¹ Cumpre-nos aqui darmos nota aos acontecimentos desencadeados no ano de 1929 que, para muitos, foi o ano da derrocada, com a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque o mundo se viu

empresas tentavam salvar-se da iminente ruína concentrando suas estruturas e recursos financeiros, utilizando de tal prática para resguardarem-se das variações de mercado.

Mas, a despeito dessas ocorrências históricas e elementares aos desenvolvimentos das concentrações empresárias, a real crescente dos atos concentracionistas, assim como da economia em geral, se deu após a segunda grande guerra, onde as principais potências, que vinham de anos de desgaste econômico e diplomático em razão dos conflitos bélicos globais, começaram a abrirem-se ao mercado exterior e investir na economia interna, estimulando o exercício da atividade empresária e seus demais atos consecutórios.

Acerca disso, assevera Konder Comparato “A evolução da economia capitalista nos últimos 40 anos e notadamente a partir da Segunda Guerra Mundial, tem sido comandada pelo fenômeno da concentração empresarial.”¹²

Um fato importante do pós-guerra que contribuiu para o crescimento econômico mundial foi o início de celebrações sucessivas de tratados internacionais que versavam sobre livre comércio, livre exercício da atividade empresária e estímulos financeiros às indústrias, o que potencializou as criações e concentrações de empresas para atuação em nível internacional, em especial cumpre mencionarmos os tratados conglobados pelo *General Agreement on Tariffs and Trade*¹³ pioneiro na regulação do comércio internacional.

Ainda em relação aos pactos internacionais, outro grande exponencial dos tratados fora o Tratado de Maastricht¹⁴, celebrado em fevereiro de 1992, contemplava inúmeras normas de mercado comum em uma Europa comunitária, buscando estabelecer integração econômica com o objetivo de se alcançar uma economia na modalidade de zona de livre comércio.

No Brasil, nação que até meados 1845 tinha suas bases econômicas fincadas na agricultura e pecuária e que mesmo hoje se revela como país de economia emergente¹⁵, a evolução dos atos concentracionistas de alguma

refém da “Grande Depressão” como é conhecido o fenômeno de recessão econômica mundial que assolou as grandes potências à época, tais acontecimentos só saíram de foco com o advento da Segunda Guerra Mundial, neste período as taxas de desemprego, de falência e a deflação acionária alcançaram patamares assombrosos, enquanto que os índices de produção industrial e o produto interno bruto das grandes nações seguiam em declínio como jamais visto até então. Fonte: Portal CONFECON.

¹² COMPARATO, Fábio Konder. Aspectos Jurídicos da Macro Empresa, vol. 3, Ed. Revista dos Tribunais, 1970, pág. 04.

¹³ Em tradução para o português “Acordo Geral de Tarifas e Comércio”, foi a base jurídica internacional do sistema hoje conhecido como Organização Mundial do Comércio – OMC, consistindo na celebração entre nações de diversos tratados de relações comerciais.

¹⁴ Reconhecido ainda como “Tratado da União Europeia” foi um marco da economia regional europeia com efeitos em todo o mundo, criando a primeira ideia de União Europeia a partir da reunião das comunidades já existentes CEE (Comunidade Econômica Europeia) e EURATOM (Comunidade Europeia de Energia Atômica), criando as primeiras diretrizes de mercado comum. Fonte: Portal CNNi 2013.

¹⁵ Inclusive, recentemente o Brasil passou a integrar os BRICS, grupo econômico e político de cooperação, cuja nomenclatura se dá utilizando-se, sequencialmente, as iniciais de seus integrantes

relevância somente iniciaram-se por volta de 1950 onde pode se observar uma reforma econômica nacional, guiada por uma visão governamental patriota que, buscando a autossuficiência do Estado frente às grandes potências internacionais, instituiu programas de incentivo a economia que previam práticas como injeção de recursos financeiros na iniciativa privada, privatização de empresas em alguns setores e proteção do mercado interno, fazendo com que o Brasil alcançasse a década de 80 com outras perspectivas econômicas.

Destaca-se neste período histórico, o programa político “Plano de Metas”, instituído no governo Kubtschek em 1956, que consistiu na fixação de diretrizes econômicas, que objetivava exaltar e estimular a produção interna em prejuízo da importação de produtos estrangeiro, e que previa grandes investimentos no mercado brasileiro e no desenvolvimento da indústria privada. Tal programa perdurou até 1961 e foi considerado bem sucedido por conquistar um desenvolvimento econômico acelerado em curto prazo, mesmo que tais ações acabassem por aumentar em grande escala a dívida externa do país.

Neste orbe, a estrutura empresarial pátria sofreu relevantes mutações, passando a respirar novos ares de desenvolvimento, sendo aplicados de maneira lúcida os mecanismos de expansão empresária, que eram motivados por diversos fatores, desde os processos de solidificação da estrutura interna, passando pelos investimentos do mercado exterior no país, até o início das evoluções tecnológicas.

Ainda, em meados de 1965, com o advento da Lei nº 4.728/65, foi desencadeado o fenômeno que ficou conhecido como “milagre brasileiro”, criado em um momento histórico em que o país sofria com a ausência de democracia, com a condução totalitarista de Emílio Médici, consistiu em um período (de pouca duração diga-se) de exacerbada evolução econômica, onde o governo brasileiro permitiu o investimento de capital estrangeiro no país, primando pelos pontos mais importantes da economia como a ampliação do exercício da atividade empresária e o fortalecimento da bolsa de valores.

Desde então, o números de operações concentracionistas no país entraram em franco crescimento, em geral nos Estados do eixo sudeste-sul do país, muitos deles sob a justificativa de instaurar competitividade interna em relação às empresas estrangeiras, o que era estimulado pelo governo da época, mesmo que, em muitos casos, o fortalecimento do domínio econômico subsistia como real motivo para uma concentração empresarial.

Uma década após o encerramento das ações do “Plano de Metas” e após o enfraquecimento do crescimento econômico, sobreveio no cenário nacional o Decreto-lei nº 1.182, de julho de 1971¹⁶, cujo objetivo precípua era justamente

(Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), todos os membros deste grupo possuem economias reconhecidas mundialmente como emergentes em relação as grandes potências do globo.

¹⁶ BRASIL, Presidência da República, Decreto-lei nº 1.182/71 – Trata de medidas para estimular as fusões e incorporações empresariais e cria o COFIE.

instigar cada vez mais operações concentracionistas, tratando basicamente das fusões e incorporações empresariais e criando a Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas, um pioneiro órgão estatal, vinculado ao Ministério da Fazenda, com atividades voltadas à análise de concentrações desta natureza (art. 2º do referido diploma legal).

Este sistema legal adveio como parte de um novo programa governamental de desenvolvimento econômico criado nos anos 70 (subdividia-se em etapas conhecidas com I PND regulamentado pela Lei nº 5.727/71, e II PND, instituído através da Lei nº 6.151/74)¹⁷, sendo que, sofrendo influências das grandes economias europeias e asiáticas, pregava um expoente crescimento econômico com base em massivas concentrações empresariais, visando, explicitamente, a centralização do poder econômico do mercado interno nas mãos de empresas nacionais.

Referido plano não conseguiu atingir a máxima objetivada tendo de ser abortado no início dos anos 80, vindo a alcançar algumas vitórias com algum crescimento econômico do país, sem, contudo, sequer chegar perto do percentual previsto. Além disso, tal programa governamental teve sérios efeitos colaterais, à medida que, acabou por elevar a dívida externa do Brasil a quantias estratosféricas.

Ademais, outros fenômenos que merecem nossa atenção ocorreram no adentrar dos anos 90, período em que o Brasil sofria com alta taxa inflacionária, enormes débitos internacionais e cultivava um mercado econômico que ignorava o comércio e parceria exteriores. Assim, com uma estrutura econômica ultrapassada e condição de mercado interno disfuncional, onde o poder encontrava-se nas mãos de poucas grandes empresas que cooperavam entre si para a retirada de vantagens abusivas do mercado, o Brasil padecia perante as grandes potências estrangeiras e via a possibilidade de crescimento desvair-se ao passo que não conseguia honrar os acordos internacionais firmados.

Neste cenário, adveio o tão polêmico “Plano Collor”, estatuído durante o mandato presidencial de Fernando Collor de Melo em 1990, consistindo em um plano econômico monetário que possuía perspicazes objetivos, dentre eles, o controle inflacionário.

Uma das medidas deste programa era o de congelamento dos valores de mercados, que sucessivamente vinham sendo acrescidos uniformemente pelas empresas atuantes em um mesmo ramo, de modo a elevar a taxa de lucros à custa do consumidor. O efeito, porém, não foi o esperado, pois, à medida que a inflação foi controlada e os valores de mercado congelado, houve redução substancial do ativo financeiro das empresas, o que desmotivou, por algum tempo, o exercício da

¹⁷ Referido programa ficou famoso principalmente com o II PND (Programa Nacional de Desenvolvimento II), que foi definitivamente publicado em meados 1974, durante o mandato totalitarista de Ernesto Geisel.

atividade empresarial, fazendo com que as empresas já constituídas concentrassem-se ainda mais para defender-se das variações do mercado.

Frente a uma iminente recessão, somada a inúmeros outros insucessos, o “Plano Collor” fracassou em meado de 1993¹⁸, entrando em cena, um ano após, o “Plano Real”, cuja autoria é atribuída à figura de Fernando Henrique Cardoso, que a época ocupava o cargo de Ministro da Fazenda.

Referido programa (“Plano Real”), instaurado em meados de 1994 por meio da Medida Provisória nº 434, decretada pelo então Presidente da República Itamar Franco, trouxe uma verdadeira revolução econômica (para alguns a maior que já existiu na seara interna do país), abrangendo diversas áreas da economia brasileira, tendo como objetivo principal o controle da inflação.

Como era de se esperar, tal medida teve fortes reflexos, diretos e indiretos, nos rumos das entidades empresárias atuantes no mercado nacional, ao passo que, uma das providências do programa foi a abertura do mercado interno ao comércio exterior, permitindo a atuação de empresas estrangeiras que objetivavam investir no mercado nacional, acirrando, assim, a concorrência de mercado econômico interno, obrigando as empresas compatriotas a darem maior atenção a qualidade do produto ou serviço oferecido ao menor custo possível, sob pena de perda da influência de mercado para as grandes multinacionais.

Algumas empresas, inclusive, chegaram a realizar atos concentracionistas com o objetivo de resistir à influência externa em território tupiniquim, vislumbrando agregar melhores estruturas e maiores recursos para melhor atender ao consumidor.

Houve ainda um processo de privatização de empresas em ramos antes monopolizados pelo poder público, o que acabou por abrir a oportunidade de novos empreendimentos e, conseqüentemente, democratizou o mercado, prestigiando como nunca a iniciativa empresarial privada e a concorrência no mercado econômico.

Aliás, segundo dados publicados pela empresa KPMG em 2001¹⁹, renomada instituição de pesquisa de desenvolvimento empresarial, da entrada em vigor do novo modelo econômico em 1994 até meados de 1999 cerca de 2000 operações de concentrações havia sido completadas.

Neste interstício, ocorreu o que sem dúvida alguma foi uma das maiores operações concentracionistas da história nacional, trata-se da operação de concentração que culminou com a criação da Companhia de Bebidas das Américas

¹⁸ O ex- Presidente Fernando Collor de Melo deixou o poder em 2 de outubro de 1992 devido ter sofrido *impeachment* em processo perante o Congresso Nacional, único acontecimento desta natureza na história do país, ainda assim, o plano econômico de seu governo “cambaleou” até julho de 1993. Fonte: Revista Veja Ed. Economia e Negócios 1993.

¹⁹ Fonte: Matéria publicada no portal de notícias O Globo em fevereiro de 2001.

- AMBEV²⁰, iniciada em julho de 1999 com a formal apresentação do plano de fusão pelas empresas Companhia Cervejeira Brahma e Companhia Antártica Paulista ao Conselho Econômico de Defesa da Concorrência - CADE²¹.

Entretanto, em razão da relevância que as empresas representavam no mercado e as veementes oposições das empresas concorrentes do mesmo mercado²², após entraves administrativos e jurídicos as empresas só conseguiram consumir o ato de concentração no segundo semestre do ano 2000, época que conseguiu estruturar-se e passou a figurar como uma das maiores empresas brasileiras, na modalidade Sociedade Anônima (S/A), com capital negociado em bolsa de valores nacional e internacional, alcançando, inclusive, o *status* de empresa mais valiosa da Bolsa de Valores de São Paulo – BOVESPA no ano de 2001, ultrapassando a poderosa Companhia VALE S. A.

Hoje, a quase vinte anos do “Plano Real” é cediço de se afirmar que economia nacional “respira ares” de certa estabilidade, proporcionando condições as operações empresariais em geral, como já mais antes visto na história do país.

Com tais acontecimentos e na crescente da economia nacional, os atos de concentração se tornaram cada vez mais visados, passando a ocorrer quase que corriqueiramente, a ponto de, atualmente, observar-se com facilidade, no cenário nacional (e mundial), grandiosos atos de concentração empresarial, compostos por entidades de exacerbados recurso financeiros e substancial influência no mercado, atraindo cada vez mais a atenção da sociedade que de alguma maneira é influenciada com tais operações.

2.3 Concentração Empresarial x Centralização do Poder Econômico

Diferente do que se possa fazer sugerir, ato concentracionista empresarial não se confunde necessariamente com centralização de poder econômico, tratando-se de fenômenos absolutamente diversos, que poderão, ou não, ocorrer em uma relação de consequencialidade de um para com o outro.

²⁰ A AMBEV é o resultado de um ato de concentração entre as empresas cervejeiras Brahma e Antártica, em acordo celebrado em meados de 1999/2000, formando uma das maiores empresas brasileiras com títulos negociáveis em bolsa nos cenários interno e externo.

²¹ O CADE, à época, regulamentado pela Lei nº 8.884/94, era (e ainda é) a entidade estatal responsável por apreciar as operações concentracionistas no plano administrativo, conforme será melhor dissecado no capítulo “Do Conselho Administrativo de Defesa Econômica”.

²² Em geral, a empresa que no período competia diretamente com as então postulantes a concentração era a Cervejaria Kaiser do Brasil S/A, que se opôs, ativamente, ao ato de concentração alegando se tratar de uma tentativa de formação de monopólio do mercado de bebidas, em certo momento, as rusgas se tornaram públicas e alcançou grande visibilidade no cenário nacional e internacional, ainda assim a empresa opositora não obteve êxito em sua empreitada, tendo de aceitar a concentração de suas concorrentes.

A concentração empresarial, como já declinado, nasce a partir de um pacto de vontades entre duas ou mais entidades empresárias tendente a união de estruturas anteriormente independentes, que passam a vigorar sob diretrizes de um único corpo gestor.

Os motivos que influem e culminam com um ato concentracionista são diversos, sendo elencados com maior relevância os que objetivam afastar iminente falência, os capazes de instaurar possível competitividade com agentes externos e, justamente, aquelas que se destinam apenas ao domínio de poder do mercado.

Como já delineado, muito embora todo ato concentracionista invariavelmente gere algum efeito, direto ou indireto, em relação ao mercado, neste ponto entra em cena a questão da relevância de valores, pois, muitas vezes o impacto causado no mercado pelo ato de contração mostra-se irrelevante se comparados aos atributos contributivos que a ele se agrega, afinal, em um mecanismo estrutural complexo em que se baseia a economia de um mercado, qualquer variação poderá gerar algum efeito substancial, cabendo analisar se tal circunstância será positiva ou negativa ao mercado.

Por sua vez, a centralização do poder econômico consiste no fenômeno em que um conjunto de elementos essenciais ao funcionamento regular e equilibrado de dado mercado (como fornecimento de matéria-prima, tecnologia de produção em escala, transporte e distribuição, mão-de-obra, dentre outros) encontram-se reunidos sob o poder de um único agente econômico (ou pequeno grupo) que os manipula de modo a atender seus interesses.

Entretanto, assim como ocorre com o fenômeno da concentração empresarial, a mera centralização de poder econômico, aqui falada em certo grau de abstratismo, também não pode ser conceituada, de maneira generalizada, como ato abusivo ou nocivo ao mercado, sendo o seu exercício desregulado o que caracteriza a abusividade maléfica à ordem econômica.

Na concepção de Varella:

Abuso de poder econômico enquadra-se na categoria dos conceitos jurídicos indeterminados, eis que a definição do que seja um abuso do poder econômico não repousa no exame de dados precisos, extraídos da realidade. Exige, ao contrário, a conjugação de inúmeras variáveis, em grande extensão imprecisas. Por esta razão, e dado o caráter eminentemente casuístico da análise antitruste, será sempre mais fácil identificar os extremos de abuso ou de exercício regular do que as situações intermediárias.²³

²³ BRUNA, Sérgio Varella. O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício. Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 148.

É que, na maioria das vezes, centralização de poder econômico é enxergada como sinônimo de abuso deste poder, em razão de que, o agente com poder econômico centralizado possui a capacidade de influir nos valores de mercado, por exemplo, eliminando a concorrência, pondo o mercado em uma situação de vulnerabilidade a ponto de desestabilizá-lo, implicando negativamente na ordem social.

Nesta razão, o agente econômico que centraliza poder já é visto como circunstância temerária, pois, a este passa a ser possível influenciar nos valores do mercado, ditando as regras de acordo com suas pretensões, produzindo um desequilíbrio econômico curvado a seu favor em detrimento do sujeito passivo universal que integra o outro lado da relação econômico-consumerista.

Acerca disso, assevera João Fonseca:

O poder econômico privado se corporifica na capacidade que têm as empresas de influir nas condições e nos resultados econômicos do mercado, de tal forma a dele reiterar vantagens que as coloque em posição de superioridade perante as demais e em posição de domínio sobre os trabalhadores e consumidores.²⁴

Com esta mesma linha de raciocínio, diz Sergio Varela:

Tem-se por abuso do poder econômico o exercício, por parte de titular de posição dominante, de atividade empresarial contrariamente a sua função social, de forma a proporcionar-lhe, mediante restrição à liberdade de iniciativa e à livre concorrência, apropriação (efetiva ou potencial) de parcela da renda social superior àquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial, não sendo abusiva a restrição quando ela se justifique por razões de eficiência econômica, não tendo sido excedidos os meios estritamente necessários à obtenção de tal eficiência, e quando a prática não representa indevida violação de outros valores maiores (econômicos ou não) da ordem jurídica.²⁵

Assim, embora a centralização econômica seja vista como fenômeno nocivo a ordem econômica, na realidade, o seu exercício abusivo é o que possui o condão de deturpar o equilíbrio do mercado, pondo em risco as bases da economia do Estado.

Com esta singela diferenciação, vê-se que os limites destas práticas (concentração empresarial e centralização de poder econômico) não se confundem

²⁴ FONSECA, João Bosco Leopoldino, *Direito Econômico*. Ed. Forense, 1998, pág. 12/13.

²⁵ BRUNA, Sergio Varela, *Poder Econômico e a Conceituação do Abuso de seu Exercício*, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, pág. 177/178.

e não se contrapõem, podendo ou não coexistir em um mesmo momento em determinado mercado.

É de fácil percepção que, um ato concentracionista empresarial, em especial os ocorridos em linha horizontal, quase sempre levará a um efeito relevante no aspecto concorrencial de dado mercado, criando um ambiente propício à formação de uma estrutura centralizadora de poder econômico.

Partindo disso pode-se extrair a noção de que, um ato de concentração empresarial, em geral aqueles criados como forma de consolidar uma estável influência no mercado, poderá, inegavelmente, ser utilizado com meio para se atingir um objetivo maior de centralização do poder econômico, ou seja, o domínio da economia de mercado, neste caso seria uma derivação de causalidade do ato de concentração.

Contudo, não há pertinência em se aventar uma situação reversa, isto é, onde a posição dominante de caráter econômico pré-consolidada explique um ato de concentração de empresas futuro, pois, estaria a se utilizar um objetivo já alcançado para fundamentar a realização de um ato que nada mais seria do que um meio pra tal fim.

A despeito disso, mesmo não vislumbrando tal acontecimento como uma escala crescente de centralização econômica, há de se admitir a possibilidade de uma manobra bastante aleatória onde, um ente econômico, influente ou dominante em determinado mercado, utilize de um ato de concentração empresarial com outra entidade empresária com a finalidade exclusiva de manter a dominância pré-estabelecida.

Com efeito, torna-se dispensável mencionarmos o caráter abusivo que congloba a prática sequente de concentração empresarial com a finalidade de centralização do domínio de mercado, ao passo que, diversas experiências históricas acabaram por revelar que, um mercado econômico cujas bases podem ser influenciadas por um único agente econômico (ou restrito grupo de agentes), tende a seguir uma conotação instável e abusiva, estando fadado a fracassar em um imprevisível lapso temporal.

Porém, há quem defenda, como Hobsbawam (1848), que as bases do capitalismo como sistema econômico mais utilizado na atualidade, propicia, quase que colateralmente, diretrizes programática que prestigiam a centralização econômica, à medida que, uma taxa de lucros crescentes passou a ser objetivo precípua do empreendedorismo, um anseio obsessivo que axiomáticamente põe em risco as relações mercantilistas, prestigiando cada vez mais as práticas abusivas de dominância.

Talvez daí dependa a explicação para tantas alterações de regimes jurídicos reguladores das relações econômicas, pois, a exemplo do que se viu no tópico anterior, durante centenas de anos o mundo vêm assistido inúmeras reviravoltas desde a aderência universal (ressalvado alguns casos extraordinários)

pelo regime capitalista, que é considerado o sistema econômico mais dinâmico e avança já criado, reviravoltas estas que tenta-se domar com regulamentações jurídicas, remédio que vem mostrando-se insuficiente até então.

Discorrendo nesta linha, pronunciou-se Fabio Ulhôa Coelho:

Em consonância com a definição de um regime econômico de inspiração neoliberal, pela constituição, o legislador ordinário estabeleceu mecanismos de amparo à liberdade de competição e de iniciativa. Estes mecanismos, basicamente, configuram a coibição de práticas empresariais incompatíveis com o referido regime, as quais se encontram agrupadas em duas categorias: infração à ordem econômica e concorrência desleal.²⁶

Mas, sem adentrar este contexto social-econômico e filosófico, bastam-nos termos clarividente que, apesar de muitas vezes serem sinônimos de complementariedade, o instituto da concentração empresarial e o fenômeno da centralização de poder econômico não guardam entre si uma relação de identidade necessária, podendo subsistir de maneira independentes e gerar efeitos diversos no mercado econômico.

2.4 Dos Principais Princípios Norteadores

Neste capítulo abordaremos os principais princípios que regulam o exercício da atividade econômica e empresarial no contexto nacional, com ênfase naqueles de índole constitucional que fixam diretrizes de um ideal a ser alcançado, que invariavelmente induzem algum efeito nas operações de concentração de empresas, valendo-se, principalmente, do ponto de vista jurídico aplicado nas relações econômicas.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 promoveu profundas transformações no sistema jurídico-social do país. Considerada de extensão analítica, por fixar diretrizes dos mais diversos assuntos, transcendendo a mera regularização da estrutura de Estado, referido diploma não poderia deixar de normatizar os princípios gerais que regem as relações econômicas.

As diretrizes econômicas brasileiras, adotada pelo sistema constitucional atual, possui suas bases fincadas no modelo de neoliberalismo esposado pelo modelo francês pós-revolução, onde o Estado, inicialmente, adota um posição não intervencionista nas relações econômicas, permitindo a franca

²⁶ COELHO, Fabio Ulhôa, Direito de Empresa, 18 ed. Ed. Saraiva, 2007, pág. 27.

desenvoltura da atividade empresária e a livre concorrência de mercado, atuando, todavia, de maneira suplementar na economia, regulamentando um padrão aceitável de diligência mínima no exercício da atividade econômica, assim como atuando ativamente²⁷ em setores considerados cruciais ao interesse social.

Pela ordem, nos subtópicos a seguir serão abordados os princípios que, sem excluírem os demais, integram a base econômica do Estado, exigindo extrema atenção em caso de atos concentracionistas empresariais para manutenção do bem estar socioeconômico, sendo eles: Livre Iniciativa, Livre Concorrência, Função Social da Empresa e Defesa do Consumidor.

2.4.1 Da livre iniciativa

De início, salutar se mostra tratarmos do princípio da “livre iniciativa”, explanado *prima face* no artigo 1º, inciso IV, da CF/88, onde aparece como um dos fundamentos da República, *in verbs*:

CF/88, Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (grifo do autor)

Em consonância, o *caput* do artigo 170 da CF/88, dispositivo responsável por abrir o Título VII do diploma constituinte que é considerado como a “Constituição Econômica Brasileira”, dispõe:

CF/88, art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (grifo do autor)

O princípio da livre iniciativa, que deriva de um estado geral do princípio da liberdade apregoado no artigo 5º da *Carta Magna* constitucional,

²⁷ A atuação ativa do Estado em setores estratégicos da economia (como na extração de petróleo e recursos hídricos) se dá, atualmente, por meio das chamadas empresas públicas e sociedade de economia mista, instituições regulamentadas pelo Decreto-Lei nº 200/67, com redação alterada pelo Decreto-Lei nº 900/69, ambos os dispositivos recepcionados pelo art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal de 1988.

remete explicitamente à liberdade do cidadão (brasileiro ou estrangeiro) de desenvolver atividade empresária em território nacional.

No inerente a isso, comenta Ives Granda Martins e Celso Ribeiro Bastos na obra “Comentários à Constituição do Brasil”:

Equivale ao direito de todos têm de lançarem-se ao mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco. Aliás, os autores reconhecem que a liberdade de iniciar a atividade econômica implica a de gestão e a de empresa.²⁸

Tal princípio, portanto, constitui uma posição essencial ao desenvolvimento econômico do país, ao passo que, seu objetivo é justamente estimular o exercício empresarial pela iniciativa privada sem que, para tanto, dependa de prévia anuência do Estado, política esta que vem sendo adotada pelo Brasil com maior ênfase desde o processo de “desestatização” instaurado por volta de 1994.

Esta disposição traz em seu bojo a possibilidade de livre empreendimento, caracterizado pelo livre arbítrio conferido ao cidadão de optar por desenvolver ou não alguma atividade empresária, bem como em que área e voltada a qual público alvo, além é claro, de permitir o livre encerramento das atividades ou a lícita concentração empresarial.

Contudo, apesar de voltar-se com maior objetividade ao desenvolvimento da atividade empresária, o princípio da livre iniciativa revela uma aplicabilidade bem mais abrangente nas relações econômicas, contemplando o interesse social, o dinamismo do mercado, a aquisição de propriedade, o exercício laboral, liberdade de celebração contratual, dentre outros aspectos.

Doutro ponto de vista, este princípio constitui-se como fundamental à manutenção da ordem social, alçando-se a hierarquia de direito natural humano de aventurar-se no meio empresarial pela via que dispuser, sendo dotado de natureza limitadora da ação do Estado na esfera privada, mesmo estando desgarrado da seção que trata dos direitos e garantias individuais e coletivos na constituição (artigo 5º e incisos).

Ademais, neste seguimento, corolário ao princípio da livre iniciativa, tem-se o que dispõe o parágrafo único, do artigo 170:

CF/88, art. 170, Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (grifo nosso)

²⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Granda. Comentários a Constituição do Brasil, Ed. Saraiva, 1990, pág. 16.

Referido dispositivo explana a liberdade de exercício de qualquer atividade econômica, dentre as quais se destaca a atividade empresarial. Esta disposição legal mostra-se complementar escala em relação ao princípio da livre iniciativa (apesar de parte da doutrina considerar que o legislador cuidou neste ponto do mesmo princípio de maneira diversa), potencializando a liberdade de relações privadas de natureza econômica.

Tal dispositivo é tido por muitos como preceito raiz da liberdade empresarial, pois, cuida por garantir a faculdade dos cidadãos ao exercício do empreendedorismo de bens e serviços como meio de obtenção de lucros.

A despeito disso, como todo direito individual e coletivo de égide fundamental ou não, o direito a livre iniciativa não se porta no ordenamento jurídico em um estado absoluto, sendo mitigado por mecanismos interventivos á disposição do Estado, que os manipula em prol do interesse coletivo.

Acerca desta questão, comenta Diogo Neto: “O princípio da liberdade de iniciativa tempera-se pelo da iniciativa suplementar do Estado”²⁹

Esta atuação dirigente do Estado, com respaldo no preceito do artigo 174, *caput*, da Constituição Federal/88, difere do modelo intervencionista, à medida que, neste ponto, não cabe ao Estado assumir uma posição ativa no exercício da atividade em uma espécie de centralização estatal da atividade econômica, mas sim, zelar pela ordem econômico-social, influenciando de maneira subsidiária, normativista e fiscalizadora das ações relevantes que possam afetar o mercado.

Portanto, o direito de liberdade de iniciativa do exercício da atividade econômica estende até os limites impostos pelo Estado, podendo ser exercido em relação às práticas (de empreendedorismo ou não) permitidas legalmente ou não defesas em lei.

Conclui-se, então, que o princípio da livre iniciativa, consubstanciado no texto constitucional, integra as bases econômicas do Estado, assegurando um direito fundamental do cidadão de liberdade para desenvolver atividades empresariais que seja de seu interesse, desde que, esta atividade atenda, concomitantemente, ao interesse coletivo.

²⁹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira; obra: Ordem Econômica e Desenvolvimento na Constituição de 1988, Edra. APEC, 1989, p. 28.

2.4.2 Da livre concorrência

Outro princípio de suma importância a ser observado nas operações concentracionistas e nas relações econômica em geral é o princípio da livre concorrência, como elemento normativo basilar no mercado econômico.

Este preceito normativo se perpetra na liberdade conferida aos entes empresariais e comerciais que escolheram desenvolver alguma atividade no mercado, de sustentar-se neste mesmo mercado utilizando das mesmas “armas” que os demais atuantes do ramo, sendo estes livres para ditar o ritmo de seu negócio, embora haja limites naturais e legais para aplicáveis a todos integrantes do mercado.

Referido princípio é conceituado pelo professor Tavares como sendo “a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado.”³⁰

Portanto, a livre concorrência é uma liberdade, um direito e um fenômeno que envolve a atuação dos entes comerciais e empresariais em determinado mercado, necessário ao equilíbrio da relação entre empreendedor e consumidor e, conseqüentemente, a evolução econômica.

Durante séculos, a teoria da livre concorrência foi tratada como dogma político no Brasil (e no mundo), em uma árdua tentativa de aperfeiçoamento e incorporação de tal medida de modo a beneficiar a iniciativa privada e, conseqüentemente, contribuir de maneira relevante para o crescimento econômico, refletindo no sistema vivenciado atualmente, que, apesar de evoluído em relação a outras fases da história, ainda se mostra distante da idealidade buscada.

Com tamanha importância no cenário socioeconômico, o princípio da livre concorrência foi lembrado pelo poder constituinte originário, sendo previsto expressamente no inciso IV, do artigo 170, do texto constitucional, *in verbs*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV - livre concorrência.

Como era de se esperar, deste preceito constitucional derivaram vários atos normativos, jurídicos e administrativos, voltados a regulamentar as

³⁰ TAVARES, André Ramos, obra: Direito Constitucional Econômico, Edra. Método, 2006. Pág. 255.

ações econômicas de modo a dar o prestígio necessário à livre concorrência, em especial, citemos as Leis nº 8.884/94 e 12.529/11, que cuidaram (e ainda o faz esta) do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, conforme será melhor discutido nos capítulos seguintes.

Um sistema jurídico-econômico fincado na liberdade concorrencial é benéfico a todas as partes da relação comercial, à medida que contribui para a estabilização dos valores de mercado, evitando ganhos exacerbados de um agente em detrimento do outro ou da coletividade, equilibrando o fiel da balança econômica.

Pelas bases do princípio da livre concorrência, em um primeiro momento, fica a critério do empresário/fornecedor desenvolver suas atividades comerciais na cadência que bem entender, estipulando seus preços, o volume de produção e distribuição, a escolha do público alvo, dentre outros aspectos, tudo isso levando em conta a conduta dos concorrentes, sob pena de não haver interesse comercial nos bens ou serviços postos a venda.

Entretanto, a faculdade conferida ao empreendedor pelo princípio da livre concorrência, como não poderia deixar de ser, sofre algumas limitações, tanto pela responsabilidade social do empreendedor atuante no mercado, que responde civil, penal e administrativamente pelos efeitos que os produtos e serviços disponibilizados no mercado vierem a causar ao particular e a coletividade, como pela ação dirigente normativa do Estado, a quem é incumbido o dever de velar pelo bem estar social reprimindo condutas abusivas.

A despeito disso, há quem defenda que, em um estado ideal, a livre concorrência seria a única medida reguladora natural das relações econômicas do mercado, capaz de estabelecer uma zona equilibrada entre os atuantes do mesmo ramo e em relação aos consumidores de bens e serviços lançados no mercado, a ponto de governar a ordem econômico-social sem a necessidade interventiva do Estado.

Sem embargos, considerando a realidade do mercado econômico atual, a Constituição Cidadã é clara ao determinar em seu artigo 173, parágrafo 4º, o dever do Estado de reprimir o abuso de poder econômico, conforme segue: art. 173, Parágrafo 4º: A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Portando, o poder constituinte originário foi cauteloso o suficiente para não só declarar o princípio da livre concorrência como salutar às bases econômicas da sociedade, mas também, cuidou de explanar no texto constitucional a obrigação do Estado de tomar medidas acautelatórias da concorrência de mercado, o que vem sendo feita com normatização jurídica e criação de mecanismos administrativos responsáveis por apurar e, eventualmente, punir empresas que

incorram em abuso de poder econômico, conforme veremos em momento oportuno.

Ademais, é de fácil percepção que o princípio da livre concorrência guarda uma relação de encaixe estrutural e, ao mesmo tempo, fixa algumas diretrizes de aparente conflito para com o princípio da livre iniciativa, estruturando, assim, um dinâmico e complexo modelo de mercado econômico que congloba os mais diversos interesses individuais sem desguarnecer o sobressalente interesse coletivo.

Neste contexto, aliás, verifica-se a aplicação efetiva de ambos os princípios na apreciação da viabilidade de um ato de concentração empresarial, sendo possível delimitar, em caso de situação paradoxal entre os princípios (ou seja, um não poder ser aplicado sem a violação do outro no caso *in concreto*), qual será prestigiado em detrimento do outro, visando à manutenção da ordem socioeconômica.

Indo além, é de se ousar afirmar que, na realidade, um ato de concentração de empresas nada mais é do que uma ação que deriva do princípio da livre iniciativa, influenciando, diretamente, na livre concorrência do mercado, podendo, em alguns casos, ser motivado justamente pelo princípio da livre concorrência, como nos casos de a concentração se der para criação de uma estrutura empresária capaz de competir no mercado, hipótese em que, ambos os preceitos jurídicos figurariam como fundamentos iniciais do ato de concentração e a livre concorrência subsistiria como finalidade da operação concentracionista.

Afinal, sequer poderia se falar em concorrência frente à inexistência de dois ou mais agentes econômicos rivalizando pela preferência popular em um dado mercado, assim, carece de iniciativa empresarial múltipla de empreendedores para que se forme um mercado, dentro do qual possa reinar a liberdade de concorrência.

Daí, inclusive, extrai-se um conflito de entendimentos doutrinários que já perdura décadas sem atingir um consenso, pois, parte da doutrina, na qual se insere José Afonso da Silva³¹, defende haver uma relação de consequencialidade derivada entre o princípio da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência, porquanto outra parte da doutrina, na qual se envolve Canotilho³², sustenta que tais princípios possuam eriges independentes que se completam.

Independente dos argumentos doutrinários conflitantes, basta que tenhamos em mente que tais princípios compõem a estrutura base do sistema econômico compatriota e, ainda que por vezes conflitantes, ou em outras situações propugnado em mesmo sentido, ou mesmo coexistindo de maneira homogênea e

³¹ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 17 ed. Ed. Melhoramento, 2005, p. 357.

³² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Ed. Almedina, 2003.

independente, são indispensáveis à estabilidade do mercado econômico e, conseqüentemente, da ordem econômico-social.

2.4.3 Da função social da empresa

Mais um princípio de enorme relevância que tem de ser levado em conta ao se avaliar um ato concentracionista e seus efeitos econômicos é o princípio da “Função Social da Empresa”, sendo axiomáticamente um fator determinante da viabilidade socioeconômica da operação.

Ab initio cumpre-nos entender o que vem a ser considerado “função social”. A função social não possui um conceito único, podendo ser definida de diversas maneiras, contudo, seu contexto filosófico-social deve ser considerado universalmente como estigma do melhor interesse coletivo de dada sociedade.

Neste passo, todo e qualquer ato realizado pelo particular e pelo poder público que exceda a esfera da personalidade estrita, deve não somente atender aos interesses daqueles que serão diretamente beneficiados, mas também deve prestigiar o melhor contexto da coletividade.

Refletindo acerca do tema, acentua Comte:

Qualquer sistema social, quer seja feito para um pugilo de homens, quer para alguns milhões, tem por finalidade definitiva dirigir para um objetivo geral de atividade todas as forças particulares, porquanto só há sociedade onde se exerce uma ação geral combinada.³³

Nesta ótica, a função social insurge como um direito fundamental coletivo e, ao mesmo tempo, um dever de todos que se envolvem em qualquer relação de interesse social, devendo ser observado para a manutenção do bem estar abstrato da sociedade.

Com esta noção, podemos definir função social da empresa como um dogma ideológico-social de que a empresa em regular funcionamento carece atentar-se para o exercício de suas atividades de modo a não somente priorizar a obtenção de enriquecimento crescente, mas também atender os anseios sociais, isto é, haver uma utilidade contribuindo para um desenvolvimento econômico coletivo em todos os aspectos.

³³ COMTE, Augusto. Opúsculo de Filosofia Social, Ed. Globo, 1972, p. 55.

Neste íterim, não basta que a empresa alcance lucros com o exercício de suas atividades, fazendo com que os sócios e a própria empresa prospere a custa do restante da sociedade, faz se necessário ainda que a empresa atenda ao interesse coletivo da sociedade na qual se insere, prestigiando o desenvolvimento econômico com ações diretas e efetivas.

A primeira menção feita à função social da empresa se deu na Lei das Sociedades Por Ações, Lei nº 6.404/76, onde o parágrafo único do artigo 116 e artigo 154 preconizam:

Art. 116, Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender. (grifo do autor)

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa. (grifo do autor)

Mais atualmente, mesmo refletindo um contexto mais abrangente e um pouco diverso, o princípio da função social da empresa perpetra-se implicitamente no texto constitucional, tendo sua estrutura normativa fincada principalmente no princípio da função social da propriedade, consolidado no artigo 5º, inciso XXIII, e artigo 170, inciso III, da carta maior, *ipsis literis*:

CF/88, art. 5º, inciso XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

CF/88, art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Inciso III - função social da propriedade;

A função social da propriedade indica um preceito limitador a direito fundamental da propriedade, apregoando que, somente a propriedade que atende sua função social tem integral proteção do Estado, dela podendo o cidadão usar, gozar, dispor e reaver de qualquer que injustamente a possua (CC/02, art. 1.228).

De referido princípio emana o princípio da função social da empresa, à medida que, o exercício da atividade empresária compõe o sistema econômico nacional em posição destacada, pois, até o momento em que tem uma atuação efetivamente produtiva, traz imensuráveis benefícios a sociedade.

Daí o entendimento da massiva doutrina em relação aos princípios da função social da propriedade e da empresa, valendo-se de uma posição semântica em que empresa consiste basicamente em propriedade, quer consideremos os instrumentos utilizados na linha de produção e os produtos (ou serviços), quer tratemos da própria pessoa jurídica e a marca construída, que não existiram sem a vontade humana do proprietário.

Nesse contexto, se a empresa atua efetivamente de maneira ao desenvolvimento econômico-social, prestigiando o interesse da coletividade ou, ao menos, não causando qualquer prejuízo a sociedade (não influenciando negativamente na concorrência de mercado, por exemplo) a empresa estaria a atender sua função social, possuindo integral proteção do Estado.

A despeito disso, alguns doutrinadores como Konder Comparato³⁴, posicionam-se contrários a este conceito, sustentando que, tratarmos de empresa como propriedade é utilizar de uma definição pobre e imprecisa, já que, é possível que a empresa atue utilizando instrumentos alheios e forneça produtos que não lhe pertencem, além de que, as próprias pessoas que a integram são considerados componentes da empresa. Destarte, neste entendimento o conceito da função social da empresa emanaria do próprio Estado Democrático de Direito como princípio constitucional independente.

Mas, deixando um pouco de lado os entraves doutrinários, podemos afirmar que o princípio da função social da empresa é salutar no cotidiano da desenvoltura da atividade empresária em geral, incluindo aí as operações concentracionistas.

Ora, não podemos deixar de considerar que, a rigor, a formação, a concentração, a amortização de determinada empresa e o desenvolver manipulativo da atividade empresária, possui o condão de trazer sérias consequências econômicas, refletindo sensivelmente no seio privado da sociedade, influenciando, por exemplo, na oferta de produtos e serviços, disponibilidade de emprego, circulação de capital, dentre outros.

Para melhor visualizarmos, imaginemos a situação daquela pequena cidade do interior do país, que historicamente teve suas bases econômicas resumidas à produção campestre e, em determinado momento, foi beneficiada com a chegada de um exponencial empreendimento empresarial na cidade. Com isso,, volta-se todas as atenções a esta empresa como núcleo econômico do município, responsável por trazer riquezas ao local, propiciando empregos, maior circulação de capital, maior poder aquisitivo dos que ali vivem e até mesmo atraindo a atenção de novos empreendimentos. Neste cenário, se a empresa vem a encerrar suas atividades (seja em caso de falência, seja em caso de concentração ou mesmo por opção) não resta dúvidas de que haverá sérias consequência

³⁴ COMPARATO, Fábio Konder; obra: A Reforma da Empresa, Edra. Saraiva, 1995.

econômicas na população regional, como desemprego, menor circulação de renda e, conseqüentemente, o retrocesso do mercado econômico local.

Nesse cenário, surge a função social da empresa como elemento crítico para sopesar os efeitos de um ato de concentração, à medida que, verificando que o ato concentracionista geraria nada além do que centralização do poder econômico, não há o que se falar em função social e o ato de concentração seria considerado nocivo a ordem socioeconômica. Por outro lado, se o ato de concentração se dá para salvar a empresa de possível falência, os valores sociais seriam outros, atendendo, a concentração, os ditames de sua função social.

Com este intelecto, defende Konder Comparato que, a empresa tem de transcender a ideia individualista de benefício para atender sua função social, ao passo que:

É dela que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa deste país, pela organização do trabalho assalariado. É das empresas que provem a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e é delas que o Estado retira a parcela maior de suas receitas fiscais. É em torno da empresa que gravitam vários agentes econômicos não assalariados.³⁵

Exposto isso, pode se concluir que o interesse que circunda o exercício da atividade empresarial vai além da simples obtenção de lucro pelo empreendedor, sendo algo de interesse do Estado e de toda a coletividade, devendo ser levado em conta o princípio da função social da empresa em todas as situações que a envolva, tanto de caráter econômico como social, incluindo, então, os atos concentracionista que invariavelmente causará algum efeito relevante nas relações de mercado.

2.4.4 Da defesa do consumidor

Por fim, resta abordarmos o princípio princípio da “Defesa do Consumidor”, e sua relevância nos atos de concentração empresarial.

O princípio da defesa do consumidor vem elencado no texto constitucional inicialmente no artigo 5º, inciso XXXII, sendo-lhe atribuído índole de direito fundamental, *in verbs*: Art. 5º, inciso XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

³⁵ COMPARATO, Fábio Konder; obra: A Reforma da Empresa, Edra. Saraiva, 1995, p. 3.

Da mesma forma, o artigo 170, inciso V, da carta maior, na seção que trata da “Constituição Econômica Brasileira” determina:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V - defesa do consumidor;

O Código de Defesa do Consumidor, lei nº 8.078/90, cuidou de conceituar consumidor, fazendo em seu art. 2º: Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Portanto, é considerado consumidor todo aquele que adquire determinado produto ou serviço para seu uso pessoal ou não, mas desde que em um estado final, não sendo inseridos nesta classificação os bens adquiridos para repasse comercial.

Voltando ao princípio em comento, este não possui um conceito predeterminado aceito pelos economistas e juristas em geral, consistindo basicamente na auto definição da expressão, isso é, compete ao Estado promover a defesa do consumidor nos termos legais.

Dito isso, pode se afirmar que, o princípio em questão é fundado nas bases atuais do capitalismo moderno, em que as diretrizes do consumo pelo consumo substituiu a muito a noção do consumo pela necessidade, pondo o consumidor em um posição vulnerável em relação ao fornecedor que, por sua vez, utiliza dos mais variados artifícios para incitar o consumo imponderado de seus produtos.

Acerca disso, assevera Pablo Serrano que tal princípio se justifica à medida que:

A proteção do consumidor garante tanto a segurança individual como a coletiva de todos os cidadãos; por isso, este regime jurídico se encontra também ligado ao direito à informação e à saúde e se constitui como um apêndice dos direitos difusos e coletivos.³⁶

No Brasil, o interesse do Estado em tutelar as relações de consumo, protegendo o consumidor de modo a nivelar a relação jurídico econômica, remonta a um passado recente, onde o país se deu conta de que deveria acompanhar o mercado globalizado, o que se viu apenas nos últimos cinquenta anos, contudo, tal paradigma ganhou mesmo força com a promulgação da Constituição Cidadã e a

³⁶ SERRANO, Pablo Jimenez; obra: Direito do Consumidor, Edra. Manole, 2003, p. 1.

instituição (seguindo a disposição do artigo 48, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Mas, este princípio vai além, incorrendo em uma conjectura entre os demais já citados, pois, como é notório, a violação da livre iniciativa, livre concorrência e a função social da empresa, invariavelmente afetará negativamente a ordem econômica, tendo seus maiores efeitos refletidos no elo mais fraco da relação, ou seja, o consumidor, formando um círculo vicioso de árduo controle.

A influência da relação de consumo na economia, então, sempre foi relevante, ganhando maior importância a partir da hora em que o mercado tornou-se globalizado, permitindo massiva celebração de negócios jurídicos voltados ao consumo, de modo que, a intensidade de tal fenômeno tornou-se tamanha a ponto de que, se não tratada com a devida cautela, colocaria a perder toda a economia do mercado.

Este, portanto, tornou-se o panorama da economia de consumo atual, onde o consumismo impulsivo em mercado aberto impera sobre a racionalidade, e o consumidor torna-se refém do sistema, fadado ao consumo desregrado e induzido, pondo em “xeque” seu bem estar econômico e, se em ampla escala, a “saúde” econômica da sociedade como um todo.

Com efeito, inegável se mostra que a estruturação de mecanismo protecionista ao bem estar do consumidor é essencial ao equilíbrio e desenvolvimento da economia do país, tornando-se exigível tal posição tanto no aspecto preventivo quanto repressivo aos atos que atente contra este valor.

Ora, àqueles que relutam em admitir a posição hipossuficiente do consumidor no que se refere aos agentes econômicos do mercado e, da mesma forma aqueles que não veem influência na ordem econômica, basta recordar alguns acontecimentos que influíram na economia mundial, como por exemplo, a crise econômica que se instaurou nos Estados Unidos no ano de 2008 e se espalhou pelo resto do mundo em “efeito dominó”, crise esta que teve início com a inadimplência no setor imobiliário norte americano, gerado pelo endividamento excessivo do consumidor.

A despeito de tudo isso, a protetiva a ser assumida pelo Estado necessariamente tem de refletir um grau de efetividade compatível com os anseios sociais, não bastando apenas reprimir práticas consideradas nocivas ou promover campanhas de conscientização, carecendo realizar-se ainda medidas que previnam outros fenômenos que indiretamente possa desequilibrar a concorrência e prejudicar o consumidor, como, por exemplo, um ato de concentração de empresas atuantes no mercado.

Pelo que já vimos nos tópicos anteriores, a grande maioria dos atos de concentração insinuantemente revelarão uma face temerária ao consumidor, pois, em um mercado de relevância considerável a eliminação da concorrência

direta ou mesmo indireta poderá levar a mitigação do direito de escolha do consumidor e/ou o acréscimo dos valores do mercado.

Não obstante, porém, a necessidade de proteção à figura do consumidor e os invariáveis efeitos gerados na concorrência do mercado econômico por um ato concentracionista, no caso concreto necessário se faz sopesar os valores de maior importância, sendo possível que, extraordinariamente, a defesa do consumidor seja posto de lado para realização de um ato de concentração empresarial que, caso viesse a não ocorrer, poderia implicar em efeitos colaterais ainda maiores na economia, como, por exemplo, a iminente quebra de uma relevante empresa.

Portanto, pode-se notar de maneira clarividente que o princípio ora tratado possui importância essencial ao mercado e, junto dos demais princípios sobre os quais discorreremos neste capítulo (além de outros não mencionados) formam um estrutura base da ordem econômica nacional, possuindo aplicabilidade imediata em casos de concentração empresarial, isto porque a entidade empresarial exerce uma figura de protagonismo no cenário econômico, influenciando exacerbadamente na seara pública e privada da sociedade.

2.5 Operações de Concentração Empresarial

Com os avanços globais da economia, assistimos nos últimos anos um número nunca antes visto de operações concentracionistas das mais variadas modalidades e nos mais diversos mercados relevantes, como no setor bancário, alimentício, bebidas, tecnológico, dentre outros.

As modalidades de concentração, cada vez mais exigentes de engenhosidades dos órgãos gestores empresariais, passaram a adotar uma variedade incontável de formas, revelando-se pela maneira que mais se adequam ao momento e necessidades dos pactuantes, sempre sendo-lhes atribuídas diversas nomenclaturas.

Mas, mais importante do que o nome que se atribui ao ato de concentração, necessário se faz aferir as circunstâncias em que o ato é realizado, afinal, cuidar para incoerência de concentrações ao arripio da lei é uma das formas mais eficazes de zelar pelo bem estar socioeconômico e coletivo.

A despeito disso, muito embora mostre-se impossível elencarmos neste simples estudo todas as modalidades concentracionistas, voltaremos nossas atenções àqueles atos que mais se destacam no cenário econômico mundial, compondo a estrutura base dos atos de concentração, quais sejam, fusão, incorporação, cisão e transformação, conforme abaixo delineado:

2.5.1 Da fusão

A palavra fusão, oriunda do latim FUSIO, “ato de fundir, verter”³⁷, pressupõe a atividade de realizar a união de algo (ou alguma coisa) que, anteriormente, figura-se no plano fático de maneira independente.

Partindo disso, podemos dizer que, uma fusão de empresas consiste na união, bilateral e consentida, entre duas ou mais entidades empresárias, formando uma nova empresa em todos os aspectos.

Neste conceito, discorre Marcelo Bertoldi:

Uma operação de concentração de empresas, na qual duas ou mais sociedades se unem, resultando dessa união uma nova sociedade que, diante da extinção de todas as sociedades envolvidas, as sucederá em direitos e obrigações.³⁸

Nesta modalidade concentracionista, as entidades empresárias contratantes unem suas estruturas deixando para traz suas antigas identidades independentes, ou seja, literalmente a fusão das empresas gerará a extinção das pactuantes para dar corpo a uma nova estrutura empresarial, que herdará todos os valores, bem, direitos e acionistas que integravam o patrimônio de ambas (ou todas em caso de grupo) as empresas, bem como as obrigações contraídas pelas empresas anteriormente a concentração.

De uma maneira geral, as fusões tem sua base inicial fundada em um simples contrato firmado entre os gestores das empresas que pretende concentrar-se, contrato este que necessita atender aos critérios legais e ser ratificado pelos sócios das empresas e, por fim, ter a aprovação do poder público, para então consumir-se a operação.

No Brasil, as operações de fusão empresarial foram reguladas primeiramente pelo diploma legal das Sociedades por Ações, Lei nº 6.404/76, em seus artigos 223 e 228, *in verbs*:

Art. 223. A incorporação, fusão ou cisão podem ser operadas entre sociedades de tipos iguais ou diferentes e deverão ser deliberadas na forma prevista para a alteração dos respectivos estatutos ou contratos sociais.

³⁷ Fonte: Portal Consultório Etimológico

³⁸ BERTOLDI, Marcelo Marco e Ribeiro, Curso Avançado de Direito Comercial, Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 332.

Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

Seguindo esta linha, prevê o Código Civil vigente, na sessão que trata do Direito de Empresa, em seus artigos 1.119 e 1.120, *ipsis literis*:

Art. 1.119. A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações.

Art. 1.120. A fusão será decidida, na forma estabelecida para os respectivos tipos, pelas sociedades que pretendam unir-se.

Portanto, nosso ordenamento jurídico cuidou de tratar desta modalidade de operação concentracionista, pois, sua ocorrência desperta interesse econômico dos envolvidos na relação empresária e na coletividade, de modo que, ocorrendo tais situações de maneira desenfreada e desregulada, estar-se-ia pondo em risco a ordem econômica.

Até mesmo porque, as principais circunstâncias que motivam a realização da operação em comento resumem-se a (i) busca pelo domínio de mercado, com a centralização de valores e riquezas que permitam influir no mercado econômico, (ii) consolidação, com a formação de uma estrutura mais resistentes às variações e competitividade do mercado e a (iii) viabilidade do exercício da atividade empresarial, de modo a custear de maneira viável os custos de produção, mão-de-obra e tecnologia que tendem a crescer com o mercado globalizado.

Destarte, é notório que a fusão de empresas levará a efeitos relevantes no mercado, independentemente se positivos ou negativos, sendo determinante a atuação regulamentadora do Estado para que tais atos canalizem-se à melhoria e desenvolvimento do mercado econômico, de modo a atender ao interesse social.

Inclusive, para que pudesse se ter um maior controle público das relações de fusão empresarial (na verdade concentrações em geral), além do rigorismo legal, criou-se um crivo de natureza administrativa pelo qual um plano de fusão tem de se submeter previamente para que possa se consumir, trata-se da apreciação da operação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, estatuído pela Lei nº 12.529/11, que determina em seu artigo 88, parágrafo 8º, a obrigatoriedade da apreciação dos atos de concentração pelo conselho, conforme será visto no tópico “Das Atribuições de Alçada do CADE”.

Tais medidas fizeram-se necessária em razão do crescimento massivos das fusões empresarias de relevância no mercado econômico interno e externo. Somente para se ter um ideia, no ano de 2011, quase 900 fusões se completaram com algum envolvimento de empresas brasileiras, segundo dados publicados pela empresa *KPMG cutting through complexity*³⁹, especialista em auditoria na área.

Ademais, pertinente se faz mencionarmos ainda que, esta forma de operação concentracionista manifesta-se mais comumente envolvendo as grandes Sociedades Anônimas (S/As), ocorrendo na maioria das vezes em linha horizontal, isto é, envolvendo empresas atuantes de um mesmo mercado, acabando por expor de maneira ainda mais clara a imprescindibilidade de controle estatal de tal prática.

A título de exemplo, no cenário nacional já assistimos grandes fusões de empresas, uma dessas, que ganhou grande destaque, salienta-se, foi a fusão entre as gigantes do ramo alimentício Sadia S.A. e Perdigão S.A., que colecionou polêmicas e discussões até ser aprovada pelo CADE, com reservas, em julho de 2011.

À época, as duas empresas rivalizavam em destaque no mercado de alimentos frigoríficos, juntas concentravam milhões em recursos financeiros injetados no mercado. Neste cenário em maio de 2009 a cúpula das empresas decidiram celebrar um pacto de fusão que mais tarde seria submetido ao crivo do CADE, sob justificativa de suposta crise financeira que assolava a empresa Sadia, colocando em risco o desenvolvimento de suas atividades.

O plano de fusão previa a criação da empresa Brasil Foods S. A., e envolvia recursos financeiros bilionários, além de uma estrutura empresária gigantesca.

Com isso, era inegável a possibilidade de que uma fusão entre tais empresas praticamente selaria um substancial domínio de mercado no ramo, por conta disso, o Conselho Administrativo de Direito Econômico somente aprovou o plano, por quatro votos a favor e um contra, com algumas condições peculiares, condições estas que fizeram o processo de fusão assemelhar-se a uma incorporação, como a extinção da marca Perdigão no mercado nacional por determinado período e a não criação de uma nova marca, conforme cópia da ementa resultante do julgamento administrativo abaixo colacionado:

EMENTA: Ato de Concentração. Procedimento Ordinário. Incorporação de ações da Sadia S.A. pela Perdigão S.A.. BRF Brasil Foods S.A. Subsunção ao artigo 54, §3º, da Lei nº 8.884/1994 em função da participação de mercado resultante e faturamento das requerentes.

³⁹ Nota: Dados da pesquisa publicados no jornal Folha de São Paulo em fevereiro de 2012.

Tempestividade. APRO. Parecer SEAE pela aprovação com restrições.(grifo do autor)⁴⁰

Quando da decisão do conselho pela fusão, o então presidente do CADE, Olavo Chinaglia, pronunciou-se defendendo a operação concentracionista sob o argumento de que, a fusão em comento no fim das contas traria benefícios a concorrência no cenário nacional, à medida que as condições impostas abririam a oportunidade de outras empresas debandarem para o ramo, contribuindo para o desenvolvimento da economia nacional.

De fato, em uma análise superficial, apesar de as empresas terem adquirido com a fusão o *status* de décima maior empresa do ramo alimentício, o equilíbrio do mercado nacional de alimentos processados não foi abusivamente afetado por esta operação específica, e ainda hoje o consumidor conta com opções de produtos no ramo, sendo esta, um exemplo de como deve proceder o Estado na guarnição do mercado econômico em caso de fusões desta magnitude.

Mas, este é apenas um exemplo de operação cuja prática se populariza cada vez mais, promovendo uma enxurrada de novas empresas entrando e saindo do mercado, exigindo enormes esforços do poder público para manutenção da ordem socioeconômica.

2.5.2 Da incorporação

Bastante conhecida e relevante modalidade de concentração de empresas, a incorporação revela-se como importante fenômeno a ser considerado no mercado econômico, ocupando, assim como a modalidade anteriormente tratada, um lugar de destaque nas práticas empresarias de relevância na economia de Estado.

A incorporação empresarial consiste em um ato contratual em que, uma empresa ou grupo de empresas (incorporadas) submetem-se a um processo de absorção em relação à outra empresa ou grupo empresarial (incorporadoras), repassando toda sua estrutura, direitos e obrigações mediante alguma contraprestação (podendo ser um valor em pecúnia, bens, ou mesmo a remissão de alguma dívida ou obrigação).

Neste sentido, Maria Bernadete discorre:

⁴⁰ Fonte: Portal CADE gov.

Por incorporação se entende a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Nesse caso, desaparecerá uma das sociedades, a incorporada permanecendo, porém, com sua pessoa jurídica inalterada à sociedade incorporadora. Esta sucederá à sociedade incorporada em todos os direitos e obrigações.⁴¹

No caso de incorporação de empresas, a incorporadora, geralmente possuidora de uma estrutura empresarial mais solidificada e exacerbada e recursos financeiros de grande escala, passa a integrar em sua esfera empresarial a estrutura de outra entidade empresarial que, por sua vez, lhe transfere todos os direitos e obrigações, extinguindo-se.

Cumpramos aqui a diferença para o modelo anterior, pois, diferente da fusão, na operação incorporadora não há a extinção recíproca das duas empresas pactuantes para formação de uma nova empresa, o que na verdade acontece é que a empresa incorporada se extingue (e não se dissolve salienta-se, passando os acionistas a integrar, a estrutura da empresa incorporadora).

Da mesma forma, não há, como resultado da concentração incorporadora, a insurgência de uma inédita entidade, continuando a existir somente a empresa incorporadora com uma estrutura maior e melhorada, em razão da integração da incorporada (ou incorporadas).

A legislação compatriota, a exemplo do que ocorre com a fusão, também previu a ocorrência de operação incorporadora na Lei das Sociedades por Ações, Lei nº 6.404/76, mais precisamente no artigo 227, *in verbs*:

Art. 227. A incorporação e a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

§ 1º. A assembleia geral da companhia incorporadora, se aprovar o protocolo da operação, deverá autorizar o aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporada mediante versão do seu patrimônio líquido, e nomear os peritos que o avaliarão.

§ 2º. A sociedade que houver de ser incorporada, se aprovar o protocolo da operação, autorizará seus administradores a praticarem os atos necessários à incorporação, inclusive a subscrição do aumento de capital da incorporadora.

§ 3º. Aprovados pela assembleia geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se incorporada, competindo à primeira promover o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação.

⁴¹ MIRANDA, Maria Bernadete, obra: Curso de Direito Societário, Edra. Forense, 2008, p. 138.

No mesmo diapasão, difunde o Código Civil vigente, em seu artigo 1.116 e 1.118, *ipsis literis*:

Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.

Art. 1.118. Aprovados os atos da incorporação, a incorporadora declarará extinta a incorporada, e promoverá a respectiva averbação no registro próprio.

Portanto, a notoriedade desta operação concentracionista atingiu o poder público a ponto de ser editada normas jurídicas que a regulamenta, como forma de se realizar um controle de tais atos e canalizá-los ao bem estar socioeconômico coletivo.

Destarte, nos termos legais, para que uma operação incorporadora se consuma tem de se ultrapassar um processo similar ao da fusão, onde, iniciado por uma intenção contratual celebrado entre os corpos gestores das empresas incorporantes (o que muitos doutrinadores, a exemplo de Konder Comparato, denominam de protocolo intencionista ou de intensão), finalidade esta que tem de ser relevantemente motivada, tanto para os acionistas das empresas contratantes, quanto para sociedade atingida pelo pacto. Além disso, tem de ser discriminada qual a alíquota do aumento capitalista da empresa, e qual sua influencia nas ações, assim como seus reflexos nos direitos dos acionistas, tanto da incorporadora quanto da incorporada.

Após, o pacto incorporador carecerá de uma ratificação dos acionistas das empresas contratantes (art. 227, parágrafo 2º, da Lei 6.404/76), como requisito autorizador da continuidade do pacto.

Por fim, estando em ordem o contrato de incorporação, o plano da operação incorporadora deverá ser submetido e aprovado pelo Conselho Administrativo de Defesa da Econômica – CADE, nos termos do artigo 53 e 88 da Lei nº 12.529/11, para só então poder se consumir.

Referido processo, de natureza um tanto quanto rígida, exprime a preocupação pública com atos desta natureza, que inegavelmente possui o condão de influir no mercado econômico, contribuindo para seu desenvolvimento ou desestabilização, de acordo com as circunstâncias dos acontecimentos.

No cenário nacional, uma operação incorporadora que ganhou os holofotes da sociedade brasileira e internacional foi a incorporação da gigante do mercado aéreo VARIG (Viação Aérea Riograndense) Linhas Aéreas S.A. pela empresa GOL Transportes Aéreos S. A. no ano de 2007, em uma das maiores operações concentracionistas da história.

A época, a empresa VARIG vinha de anos lutando contra uma iminente falência, o que para muitos só não aconteceu em razão de uma complacência protecionista exagerada do poder público, em razão da representatividade da marca em *status* internacional. Neste interstício, a empresa GOL, que vinha ganhando cada vez mais força comercial em uma crescência promissora, que já alcançava 30% do mercado aéreo nacional, optou por incorporar a empresa sulista.

Esta operação, que no geral contava com o emprego de recursos financeiros que giravam em torno de 320 milhões de dólares, logo chamou a atenção da sociedade e do Estado, então, contando novamente com a abstenção complacente do poder público,⁴² em agosto de 2007 a ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil) aprovou a incorporação, em um desfecho nostálgico que culminou com a potencialização das atividades da empresa GOL no plano nacional e internacional.

Mas, a despeito das peculiaridades do caso VARIG-GOL, esta, em geral, é a operação concentracionista conhecida como incorporação no ordenamento jurídico-econômico nacional, dotada de grande dinamismo e importância para o mercado econômico, cuja ingerência pode levar a um cenário de instabilidade e abuso de poder econômico.

2.5.3 Da cisão

A palavra cisão tem sua origem fundada na língua latina, CISSI, “fenda, separado, abertura”⁴³, e pressupõe uma situação de divisão de algo, isto é, tornar em partes independentes o que antes concentrava um todo.

Com este raciocínio, podemos afirmar que a cisão empresarial consiste em um ato de reestruturação empresarial em que, uma empresa “alfa” divide parcela de seu patrimônio e estrutura (marca, produtos, meio de produção, mão-de-obra, etc.) criando outras entidades empresárias ou injetando seu capital em entidades já pré-constituídas para esta finalidade.

Nestes termos, conceitua o artigo 229 da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações):

⁴² A época, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE absteve-se de apreciar o ato concentracionista mediante alegação de que tratava-se apenas de uma reestruturação da sociedade, sem a alteração do corpo gestor, o que tornava desnecessário sua intervenção, em mais um exemplo de contribuição estatal a concentração e, conseqüentemente, “salvação” da empresa rio-grandense.

⁴³ Fonte: Portal Consultório Etimológico.

Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

Interpretando a disposição legal, o ilustre escritor Ian Muniz conceitua cisão como sendo:

Um processo em que uma pessoa transfere ou transmite para outra um conjunto de bens e direitos (provavelmente assumirá igualmente alguns passivos relacionados com o patrimônio recebido), tornando-se esta proprietária dos referidos bens e direitos (e igualmente devedora dos eventos passivos), que poderá exercer todos os direitos inerentes à propriedade, como por exemplo, deles dispor.⁴⁴

Com a cisão, a permanência da empresa cindida no mercado econômico dependerá da abrangência do ato, isto é, ao considerarmos a cisão parcial, a empresa continuará a operar no mercado, doutra banda, ao nos referirmos a cisão total (ou integral), a empresa cindida será extinta (sem que, para isso, seja necessário uma dissolução ou liquidação societária).

A cisão parcial se dá quando apenas parte do patrimônio da empresa “alfa” é distribuído para outra (ou outras) entidades empresárias, havendo um desmembramento de capital que antes encontrava-se concentrado na empresa cindida. Neste caso, a empresa cindida subsiste operando no mercado, conservando os direitos e obrigações contraídos, ainda que parte deles sejam transferidos com a operação.

Por sua vez, cisão total ocorre quando, todo o patrimônio e estrutura da empresa “alfa” é distribuído a outras entidades empresárias, hipótese em que a empresa cindida desfaz-se de todo o capital que lhe integrava, bem como todos os direitos e obrigações que lhe eram inerentes, extinguindo-se por completo, deixando de operar no mercado.

Em ambos os casos de cisão, a responsabilidade socioeconômica da empresa cindida é herdada pelas entidades empresárias que lhe suceder, tanto em direito quanto em obrigações para com acionistas, credores, devedores e condições de atuação no mercado econômico, seja em uma situação de solidariedade (em caso de cisão parcial), seja em circunstância de responsabilidade exclusiva e absoluta (em caso de cisão total), nos termos do que dispõe o artigo 229, parágrafo 1º, da Lei nº 6.404/76.

⁴⁴ MUNIZ, Ian, Reorganizações Societárias, Ed. Makron Books, 1996, p. 1.

Além disso, importa dizermos que, em ambos os casos de cisão, não carece, necessariamente, de uma dissolução ou liquidação societária, sendo comum que os sócios da empresa cindida assumam como acionistas da empresa que absorve o capital distribuído, nada impedindo, contudo, que o acionista contrário à operação opte por deixar a sociedade, ocorrendo uma liquidação parcial da sociedade empresarial.

Em nosso ordenamento jurídico, as operações de cisão foram reguladas tanto pela Lei das Sociedades por Ações, lei 6.404/76, como pode ser percebido nas citações jurídicas anteriores, como pelo Código Civil vigente, Lei nº 10.406/02, que tangencialmente dispõe sobre cisão em seu artigo 1.122, *in verbs*: “Art. 1.122. Até noventa dias após publicados os atos relativos à incorporação, fusão ou cisão, o credor anterior, por ela prejudicado, poderá promover judicialmente a anulação deles”.

Com isso, o processo jurídico para se realizar tal operação se confunde com o processo das operações de fusão e incorporação já delineadas nos capítulos anteriores, logicamente, guardada as devidas proporções, podendo, inclusive, ser requerida por via judicial em algumas situações peculiares.

Os motivos que levam a uma cisão são os mais variados, como desmembramento para redução do custo de produção, expansão estrutural para maior abrangência de mercado, desoneração da quantidade de passivos da empresa, redução de efeitos tributários e até mesmo uma tentativa de fraude contra credores, daí a necessidade de regulamentação e repressão deste tipo de operação, o que no Brasil se dá, basicamente, pela Lei 12.529/11 (lei que institui o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência).

Mas, cisão empresarial pode ser classificada como operação de concentração empresarial?

Em uma primeira olhada, falarmos de cisão seria ir na “contramão” do contexto “concentração empresarial”, afinal, como pode se dizer que um ato separatista enseja em concentração, que inevitavelmente leva ao entendimento de agregação?

Não é incomum que alguns estudiosos repudiem a operação de cisão como forma de concentração empresarial, até mesmo em razão de uma pressuposição lógica, todavia, os efeitos indiretos desta operação, inegavelmente, ensejam em concentração empresarial, de grande relevância ao mercado econômico.

Tecnicamente falando, a cisão implica em uma forma de desconcentração de sociedades, ao passo que a estrutura empresarial da empresa “alfa” será dividida e distribuída entre duas ou mais entidades empresárias (duas ou mais podendo ser levado em conta a própria empresa cindida), estrutura esta na qual se insere os próprios acionistas.

Contudo, invariavelmente, em caso de cisão, o patrimônio cindido da empresa “alfa” será injetado em outra entidade empresária (ou grupo de entidades), seja em uma empresa já consolidada no mercado ou mesmo uma que se crie com a única finalidade de receber as bases patrimoniais da empresa cindida, somente então passando a atuar no mercado.

Esta injeção patrimonial e estrutural, efeito da cisão, trará consigo relativo poder econômico e influencia de mercado, incorrendo necessariamente em concentração de capital econômico-empresarial, habilitando esta modalidade de operação como forma concentracionista empresarial, apesar do contrassenso de nomenclatura.

Um caso de cisão no cenário nacional que atraiu bastante a atenção pública e social se deu entre 1995 e 1999, com a cisão da grande empresa de fornecimento de energia do Estado de São Paulo, a ELETROPAULO.

Referida empresa, que atuava sob comando do governo estadual de São Paulo, chegou a ser reconhecida mundialmente como uma das maiores (senão a maior) empresa de fornecimento de energia e conseqüências da época, isto até o advento do programa de privatização de empresas instituído pelo governo Covas.

Com isso, a empresa ELETROPAULO foi cindida e lançada a cargo da iniciativa privada em um processo que envolveu milhões em investimento financeiro, derivando a criação de várias empresas no ramo, como a AES Eletropaulo e Bandeirante Energia, deixando de existir definitivamente no ano de 1999.

Tais acontecimentos envolveram questões políticas, com influencia social e de capital estrangeiro, em uma das maiores operações de cisão da história nacional, gerando alguma polêmica e atraindo a atenção normativa do poder público, que passou a olhar com outros olhos as operações desta natureza.

Destarte, pelo discorrido pode-se analisar mais uma modalidade de operação entre empresas, dotada de certo grau de complexidade, que enseja concentração empresarial relevante à economia de Estado, exigindo, sem dúvida alguma, ações diretivas governamentais pra manutenção do bem estar socioeconômico coletivo.

2.5.4 Da transformação

Por fim, tratemos agora da modalidade concentracionista da transformação empresarial, como ato relevante a economia de mercado, capaz de prestigiar seu desenvolvimento ou mesmo sua deturpação.

Com efeito, parafraseando Bulgarelli (1996)⁴⁵, a transformação empresarial se perfaz no fenômeno jurídico-econômico em que determinada empresa decide reestruturar-se, tanto em relação ao regime jurídico da sociedade, como em relação a sua atuação no mercado econômico, formando uma nova modalidade empresarial, sem que, para tanto, seja necessário liquidação ou dissolução da sociedade, ou mesmo alteração da marca ou razão social da empresa.

Nestes termos, os diplomas legais responsáveis por regulamentar a matéria, na ordem Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações) e Lei nº 10.406/02 (Código Civil), se encarregaram por conceituar transformação empresarial, o fazendo em seus artigos 220 e 1.113 respectivamente, *ipsis literis*:

Art. 220. A transformação é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro.

Art. 1.113. O ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se.

Então, em uma operação de transformação a empresa altera sua composição e estrutura societária, modificando sua forma de atuação no mercado econômico, ainda que seja conservada a essência original da pessoa jurídica empresarial e sem que haja cessação das atividades da empresa.

É a hipótese em que, por exemplo, uma sociedade originalmente instituída como Limitada, por atravessar uma fase financeira próspera, resolve por transformar-se em Sociedade Anônima, passando a negociar livremente ações da empresa e títulos de captação de recursos. Ou ainda, a situação da empresa que até então figure como Sociedade Anônima de capital fechado⁴⁶ e decida abrir-se a negociação de suas ações na bolsa de valores.

⁴⁵ BULGARELLI, Waldirio, Concentração de Empresas e o Direito Antitruste. Ed. Atlas, 1996.

⁴⁶ As sociedades de capital fechado são aquelas que, apesar de vigorarem no regime de Sociedade Anônima possuem suas ações represadas na posse de poucos acionistas, sendo que, caso alguém pretenda entrar na sociedade deverá necessariamente persuadir um dos acionistas a lhe dispor

Nestas situações hipotéticas, note que a empresa não precisará alterar sua marca, razão social (exceto se pretender colocar algo a mais ou houver de alterar os costumeiros LTDA e S.A a frente do nome empresarial), ou mesmo dissolver as relações societárias anteriormente constituídas, bastando adequá-las de acordo com o caso, passando a figurar no mercado em uma composição estrutural bastante diversa do que era anteriormente.

Da mesma forma, em caso de transformação, preservando-se a pessoa jurídica empresarial, que apenas altera sua estrutura, lhe subsiste agregado todos os direitos e obrigações, além do patrimônio aferido pela empresa.

Todavia, necessariamente terá de existir algumas mudanças na “espinha dorsal” da empresa, como alteração do documento constitutivo empresarial que deverá ser alterado de acordo com o caso (por exemplo, se a transformação se der de limitada para sociedade anônima o documento constitutivo deverá se alterar de contrato social para estatuto social, e vice e versa) devendo, inclusive, ser publicada tal alteração no Diário Oficial da localidade onde instala-se a sede empresarial.

Além disso, alterações também sobrevirão em relação ao corpo gestor da empresa, isto é, altera-se a quem passará a incumbir a tomada de decisão sobre as atividades da empresa transformada, de acordo com o novo regime jurídico-econômico adotado.

Para que possa consolidar-se, a operação de transformação tem, a exemplo do que ocorre com as outras modalidades concentracionistas, de obedecer um procedimento instituído legalmente. Tal procedimento inicia-se pela mera intenção de transformação, devendo, após, contar com a anuência unânime dos sócios e acionistas da empresa, sendo assegurado ao sócio que discordar da operação o direito de retirar-se da sociedade, nos termos do que dispões o artigo 1.114 do Código Civil e 221 e paragrafo único, da Lei nº 6.404/76.

Ato contínuo, o plano, que deverá conter os motivos da transformação, a reserva de direito dos credores (art. 222, LSA e 1.115, CC) e as alterações de responsabilidade dos acionistas que serão alteradas no documento constitutivo, deverá ser aprovado, de acordo com o caso, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, conforme artigo 88 e 53, da Lei nº 12.529/11. Com isso, estará apto. a se proceder a transformação da empresa, que, necessariamente, alterará seu regime jurídico e econômico de atuação.

Os motivos que justificam a transformação empresarial são variados e peculiares, como, por exemplo, casos em que um momento de exacerbado desenvolvimento econômico do Estado estimulam mudanças estruturais no anseio de um crescimento empresarial, outras situações transformativas se dão em razão do fracasso no exercício da atividade empresária, onde a empresa tenta ressurgir

no cenário econômico após momentos de turbulência financeira, ou, até mesmo, em razão do ingresso de um grande investidor, que eleva o poder econômico da empresa tornando-a capaz de concorrer em outro nível no mercado econômico.

Num primeiro momento, o plano fático empresarial não sofre grandiosas alterações a ponto de desestruturar o mercado, ao passo que a reestruturação maior encontra-se no interior societário.

Contudo, a grande maioria dos atos de transformação empresarial se realizam a partir de grandes injeções financeiras, capazes de fazer com que a empresa cubra novos mercados ou influencie no equilíbrio do mercado onde já exerce suas atividades.

Então, esta modalidade revela um perfil concentracionista de relevância no mercado econômico à medida que altera-se para um composição societária de maior influencia no mercado, contando com maiores recursos financeiros, sendo capaz de influir no mercado e, conseqüentemente, gerar uma situação de centralização de poder econômico.

Neste ínterim, basta imaginarmos o caso de uma empresa originalmente constituída em sociedade limitada e com atuação regionalizada, receber novos recursos e optar pela transformação em Sociedade Anônima, passando a atual em *status* nacional fazendo girar em seu torno os valores de mercado, passando a ter condições de influir nas diretrizes do mercado econômico.

No panorama nacional, tivemos o caso de transformação societária da Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. - EMBRAER, em uma situação que envolveu um pós-privatização, anos de crise financeira e uma dívida pública que alcançou a estratosférica quantia de 1 bilhão de reais.

A empresa em comento foi gerida pelo Estado brasileiro por longos anos passando a colecionar dívidas, em geral com o Banco do Brasil e credores particulares, culminando em um rombo financeiro irrecuperável, apesar dos incentivos estatais. Então, em dezembro de 1994 a empresa foi leiloada a iniciativa privada, sendo adquirida por um grupo de empresas nacionais.

Com isso, após cerca de três anos de gestão com esforços voltados a trazer a empresa “de volta aos trilhos”, em 1996 a empresa iniciou um processo de transformação empresarial que vislumbrava uma verdadeira revolução interna e externa da empresa, objetivando apagar a má visão que empresa deixara nos últimos anos.

O programa ia desde a conscientização interna dos diretores e funcionários, até a reestruturação do regime jurídico da pessoa jurídica, além da consolidação econômica da empresa.

Assim, com um grande projeto de capacitação e a terminante abertura do capital da empresa na bolsa de valores, a empresa EMBRAER consolidou-se

nos anos 2000 como uma das grandes Sociedades Anônimas nacionais, destacando-se no domínio do mercado interno de fabricação e manutenção de aeronaves.

Ante a isto, pode-se dizer que a transformação empresarial, menos comum e com maiores peculiaridades em relação às demais modalidades empresariais, ganha certo destaque na relação econômica ao passo que passa a influir no mercado, apesar de que, talvez as mais perceptíveis alterações possam ser notadas na estrutura interna da empresa.

2.6 Modelo de Cooperação Temporária

Conforme brevemente mencionado no decorrer deste estudo, com o proeminente crescimento da economia mundial e a globalização do mercado econômico passou-se a vislumbrar uma oportunidade de prosperar no exercício da atividade empresarial. Contudo, o mercado também passou a exigir cada vez mais de seus atuantes, demandando muito mais investimento em infraestrutura, produção, mão-de-obra, matéria-prima e abrangência de atuação de mercado.

Tais fatos, assim como a concorrência de mercado cada vez mais acirrada, impulsionaram a iniciativa concentracionista entre entidades empresárias, que dentre outro motivos, também buscavam afastar uma iminente onerosidade excessiva, contribuindo para a viabilização do exercício empresarial.

Apesar disso, muitas empresas, via geral atuantes de um mercado determinado e limitado, certa feita se deparavam com a necessidade de realização de suas atividades para atendimento de uma repentina demanda em grande escala, necessitando a utilização de estrutura empresarial muito maior do que esta possui, situação para qual a empresa não estava preparada.

Com isso, a empresa se via de “mão atadas”, afinal, como atender a uma demanda de grande escala sem a estrutura empresarial necessária?

Note que, no caso em comento, dado o caráter esporádico da obrigação assumida não há conveniência em se realizar um ato concentracionista com outras empresas, pois, se assim fosse a empresa perderia sua identidade empresarial e ficaria vinculada a uma outra entidade empresária de maneira definitiva.

Neste cenário, surge a ideia de cooperação temporária entre empresas, realizada em um modelo de obrigação contratual por tempo determinado ou finalidade pré-estabelecida, cujo objeto é a cooperação mútua na

realização de determinado empreendimento, sem que, para isso, a empresa tenha de se aventurar em uma relação de concentração empresarial.

Com tais características, a prática da cooperação temporária contratual entre empresas se popularizou na economia mundial, destacando-se dentre tais os modelos *Joint Venture* e Consórcio Empresarial, tratados a seguir.

2.6.1 *Joint venture*

A expressão *joint venture* é definida pelos mais recentes dicionários de língua portuguesa como sendo uma união colaborativa entre empresas, de natureza comercial e de caráter temporário, para realização de determinado projeto⁴⁷.

O modelo *joint venture* consiste em uma modalidade de cooperação empresarial em que, duas ou mais entidades empresárias celebram entre si um contrato colaborativos, para realização de uma determinada atividade empresarial (fornecimento de produtos ou realização de serviços).

Acerca do tema, Bulgarrelli define *joint venture* como:

Trata-se de uma espécie de consórcio que se aproxima da fusão (*quasi merger*), mas, que deste se diferenciaria por não apresentar estabilidade e permanência e por, em geral, visar a objetivos específicos limitados, como os grandes projetos de obras e infra-estrutura, portos, túneis, hidroelétricas, etc., cuja magnitude exige a união de várias empresas.⁴⁸

Este modelo possui origens no direito britânico na época das grandes navegações, mas, começou a ganhar certa popularidade por volta do século XIX principalmente no Estado norte americano, época em que o mundo assistia os efeitos da grande revolução industrial.

Após, já no último século, a utilização deste modelo tornou-se comum ao resto do mundo, sendo utilizado como meio estratégico empresarial para grandes empreendimentos.

O contrato que institui uma *joint venture* não induz a criação de uma nova empresa, mas sim, estabelece uma obrigação de atuação conjunta entre duas

⁴⁷ Fonte: Dicionário Aurélio 2012.

⁴⁸ BULGARELLI, Waldírio. Concentração de Empresas e Direito Antitruste. Ed. Atlas S.A., 1996, pág. 56/57.

ou mais pessoas jurídicas independentes, visando completar uma determinada atividade comercial aceita pelas empresas.

Da mesma forma, o contrato de *joint venture* sempre será temporário, isto é, sempre haverá um termo *ad quem* pré-determinado, seja baseado no aspecto temporal (com data para término), seja baseado no aspecto conclusivo (finda-se o contrato com a conclusão do empreendimento).

Portando, pode se afirmar com segurança que uma *joint venture* não se enquadra em modalidade de concentração empresarial, pois, possui características que vão em sentido contrário aos pressupostos que definem um ato concentracionista, que, como já mencionado, refere-se a uma situação em que se observa alguma modificação estrutural das empresas envolvidas, alteração no corpo gestor e, mais explícito, possui caráter não temporário.

Então, sem embargos de entendimentos diversos, o modelo *joint venture* não enseja ato concentracionista entre empresas perfazendo-se, na realidade, uma opção estratégica a empresas que carecem de atos colaborativos e não pretendem concentrar-se com outras entidades empresárias.

Os motivos que levam a celebração de um *joint venture* podem ser bastante variados, inclusive, podendo conglobar interesses diversos entre as empresas que se inserem em tal empreitada, como, por exemplo, uma empresa visar a obtenção de lucros enquanto a outra parceira busca mera consolidação no mercado. Mas, em relação aos motivos que levam a tal fenômeno, os mais comuns, segundo Bertoldi,⁴⁹ envolve um conjunto de praticidade do serviço e viabilidade geográfica, combinação de tecnologias essenciais à realização do empreendimento, bem como minimização dos custos da atividade e maximização dos ganhos de produção, podendo sofrer variações até mesmo pela cultura econômica do mercado de determinado Estado.

Porém, nada impede que tal pacto seja celebrado com finalidade distorcida, visando, por exemplo, diminuir efeitos da concorrência de mercado, desvirtuando, então, a verdadeira essência de tal prática.

Importa mencionarmos ainda que, geralmente, os contratos de *joint venture* tem por objeto a atividade colaborativa para atuação multinacional, até mesmo em razão das dificuldades geográficas trazida pela globalização do mercado, prestigiando tanto uma atuação mais dinâmica e célere da empresa quanto uma diminuição dos custos da atividade (desonerando o transporte da mercadoria, por exemplo), daí a popularização internacional deste modelo.

Por fim, cumpre salientarmos que, o ordenamento jurídico brasileiro não dedicou-se a regulamentar expressamente os casos de *joint venture*, sendo que, sua aplicação no panorama nacional deriva da combinação de uma variedade

⁴⁹ BERTOLDI, Marcelo Marco e Ribeiro, obra: Curso Avançado de Direito Comercial, Edra. Revista dos Tribunais, 2006.

de princípios normativos oriundos do direito contratual e empresarial, devendo ser analisado no caso concreto.

Este, portanto, mostra-se como um modelo cooperativo entre empresas de grande destaque na economia de mercado, tanto no mercado interno quanto plano externo.

2.6.2 Consórcio empresarial

O consórcio empresarial, a exemplo do fenômeno anterior, trata-se de um modelo de cooperação entre entidades empresárias para alcançar uma única finalidade de natureza econômica, objetivada, igualmente ou não, pelos integrantes do contrato.

O contrato de consórcio, pactuado, a rigor, entre várias entidades empresariais, também alcança uma posição de destaque na economia mundial e nacional, sendo bastante utilizado por grandes empresas internacionais para instituir um regime colaborativo em prol de um bem almejado por todos os consorciados.

Exemplo disso é o fato de o ordenamento jurídico pátrio, diferente de que ocorre com o *joint venture*, regulamentar especificamente tal prática, o que se dá no artigo 228 e 279 da Lei nº 6.404/76 (LSA), *in verbs*:

Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão (...)

Portando, analisando a disposição legal vê-se que, o consórcio, como no modelo anterior, não enseja a criação de uma nova pessoa jurídica e os consorciados não respondem de maneira única pelo consórcio, havendo um limite de independência contratual entre as empresas e, além disso, há a obrigatoriedade de participação de ao menos uma companhia (lê-se Sociedade Anônima).

Partindo disso, podemos afirmar que o consórcio entre empresas também não enseja em concentração empresarial, subsistindo como mero pacto de cooperação entre as empresas, pacto este que visa uma finalidade específica e possui caráter temporário, sem implicar em perda de identidade das empresas consorciadas, além de que, de certa forma, gerará relativa concentração de capital e poder econômico.

Apesar de inexistir a formação de uma nova empresa ou estabelecimento de graus de posição entre os consorciados, no documento constitutivo do consórcio estabelecerá a forma de gestão e deliberações entre os componentes, bem como a finalidade buscada e seu termo final.

Os motivos que levam a tal prática, isto é, a finalidade buscada pelos consorciados, também são diversificados, havendo uma maior ocorrência nos casos de busca de desenvolvimento tecnológico, obtenção de objetos de sequencia complementar de um mesmo seguimento, diminuição dos efeitos alfandegários, exploração de mercados restritos (como o petroleiro, por exemplo) e consolidação de uma marca em mercados diversos.

Destarte, verifica-se que este modelo de cooperação empresarial, apesar de dinâmico, de demandar investimentos consideráveis e de ter de reunir um maior número de entes com objetivos comuns, é mecanicamente simplório de ser constituído e gerido, agregando-se ainda um alto grau de efetividade de resultados, motivos estes que o fazem ganhar mais adeptos com a expansão homogênea de mercado, passando a ter certa relevância no cenário econômico.

2.7 Breves Conclusões

Neste capítulo testemunhamos a complexidade de fatores que conglobam o desenvolver da atividade empresarial, panorama em que se desenrolam cada vez mais os atos de concentração entre empresas, caracterizando-se por se revelar um fenômeno dinâmico capaz de influir nas diretrizes econômicas do mercado, possuindo reflexos diretos na sociedade, tanto de um ponto de vista jurídico quanto econômico.

Inegável que as bases capitalistas que alicerçam a globalização do mercado econômico têm por escopo o crescimento econômico desenfreado, na busca incessante e obsessiva pelo lucro, capaz de deturpar a real finalidade do exercício da atividade empresarial, que carrega valores muito além da mera prosperidade econômica.

Destarte, pelo discorrido neste capítulo, passando por noções teóricas, definições conceituais e evidenciando aplicabilidade prática do instituto da

concentração empresarial, inclusive com exemplos ocorridos em nosso sistema, podemos perceber a importância do tema abordado para a regularidade da ordem econômica no sistema capitalista atual.

Ainda, tivemos a oportunidade de observar as práticas mais comuns que compõem o cotidiano das relações econômicas e empresariais, permitindo-nos vislumbrar criticamente os benefícios de uma concentração empresarial realizada em termos claros, objetivos e funcionais, efeitos este que lhe confere na atualidade uma posição de destaque no aspecto de estratégia empresarial, capaz, inclusive, de ser determinante à salvação de uma empresa ou a sua quebra definitiva.

Da mesma forma, delimitando os conceitos do instituto e as formas mais comuns pelas quais se revelam, o que por vezes é confundido e utilizado para se referir a uma situação anômala de mercado, vislumbrou-se a capacidade dos atos concentracionistas realizados ao arrepio da lei incorrerem em centralização abusiva de poder econômico, nocivo a economia pública, exigindo-se cada vez dirigismo do poder estatal.

Inegável concluímos ainda que, existe uma ligação de consequencialidade que um ato de concentração empresarial tem para com a concorrência de mercado, possuindo o condão de nela influir, tanto positivamente quanto de maneira negativa, a depender de sua real finalidade e a forma com a qual é dirigida, tendo de ser analisado o interesse social e coletivo inerente a prática da atividade empresarial.

Com esta deixa, passaremos a analisar, no capítulo seguinte, o fenômeno da concorrência no mercado econômico, como forma de estabilização e evolução do mercado e das bases econômicas como um todo, assim como forma de sustentação e prestígio do direito fundamental de liberdade do cidadão, além de requisito indispensável à manutenção do bem estar socioeconômico coletivo.

3 DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO ECONÔMICO

3.1 Noções de Mercado

Prima face cumpre-nos compreender a definição da expressão “mercado”, palavra oriunda do idioma latino, que é conceituada pelo dicionário de Língua Portuguesa como sendo “local onde ocorre reunião pública de pessoas para fins comerciais, onde são oferecidos produtos diversos para aqueles que desejam de alguma forma consumi-los”⁵⁰

A raiz da concepção de mercado, por sua vez, remonta à época medieval, no período da renascença, em que eram organizadas pelos monarcas ambientes e encontros temáticos com fins comerciais, possibilitando às pessoas realizarem trocas de suas mercadorias⁵¹ (inclusive seres humanos, na qualidade de escravos), por outros objetos ou serviços que desejavam, em uma prática que ficou conhecida como “escambo”.

Para Sérgio Varella, mercado consiste em “um sistema, um único e grande espaço econômico onde se realizam as trocas de toda a sociedade e onde são ofertadas e procuradas as mais diversas espécies de produtos”⁵²

Apesar disso, o mercado que hoje vivenciamos pouco lembra essa noção classicista de uma reunião de pessoas com interesses comerciais convergentes em um único local público, isto em razão da abertura e globalização do mercado, que permite as mais variadas formas de acesso aos produtos que de alguma forma são colocados à venda.

Destarte, o mercado como atualmente conhecemos, assim entendido pelos ilustres escritores Roberto Luiz Troster e Francisco Mochón, consiste em “(...) uma forma de intercâmbio no qual se realizam compras e vendas de bens e serviços, pondo em contato vendedores e compradores”⁵³.

⁵⁰ AURÉLIO, Dicionário de Língua Portuguesa, Ed. Positivo, 2012.

⁵¹ Vale nota o fato de nesta época inexistir uma moeda corrente para compra de objetos, sendo que, o meio aquisitivo era basicamente a troca de produtos, em uma negociação um tanto quanto subjetiva, pois, para que se obtivesse êxito em adquirir dado bem, o “comprador” necessariamente teria de achar alguém aceitasse receber o produto do qual dispunha e que também dispusesse do bem que lhe era de desejo, a menos que, eventualmente gozasse de domínio de bens preciosos aceitos em todo o mercado (em geral, metais preciosos como ouro e prata). Somente após uma evolução que durou séculos, chegamos ao título representativo de crédito de presunção absoluta de validade, o dinheiro, como é conhecido nos dias de hoje.

⁵² BRUNA, Sérgio Varella. O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício. Ed. Revista dos Tribunais. 2001. Pág. 75.

⁵³ TROSTER, Roberto Luiz e MOCHÓN, Francisco – Int. Economia – São Paulo. Ed. MakronBooks, 1999. págs. 151/152;

Com efeito, pode-se dizer que, mercado nada mais é do que um ambiente, não necessariamente físico, que permite certa sincronia de interesses comerciais entre vendedores e compradores, cada qual com seu anseio no objeto ou serviço disponibilizado.

O mercado possui uma conjectura dinâmica com os demais elementos que conglobam o meio econômico, dotado de regras sociais, culturais, jurídicas e naturais⁵⁴, que determinam seu funcionamento e suas condições de atuação e variações em relação às mercadorias disponibilizadas e custos variados.

A concepção ou tipicidade do mercado varia de acordo com uma série de elementos transformativos, que podem ser utilizados como forma de determinar e classificar um determinado mercado.

A título de exemplo, o mercado pode ser classificado de acordo com o produto oferecido (mercado de bebidas, mercado de alimentos, mercado aéreo, mercado pecuário, etc.), quanto sua extensão (mercado nacional, mercado internacional, mercado regional), ou quanto ao público alvo (mercado restrito a um ou alguns públicos e mercado irrestrito, aberto ao público em geral) dentre outras formas de classificação.

Ademais, é no mercado que se desenvolve um basilar fenômeno da economia pública, qual seja, a concorrência, responsável por solidificar e equilibrar o dinamismo das relações econômicas do mercado, elemento este que age independentemente da vontade dos agentes da relação comercial, fazendo gravitar a seu redor todos os pressupostos de “saúde” econômica do Estado, como valores equilibrados, demanda de produtos, volume de mão-de-obra, matéria-prima necessária, etc.

Com esse raciocínio, não é nenhum absurdo falarmos que o mercado também é um fator derivativo do direito fundamental de liberdade, pois, à medida que sua noção serve de substrato para o exercício da concorrência, que nada mais é do que a liberdade do fornecedor de expor seus produtos à venda com as condições que desejar, e a liberdade do consumidor de optar em adquirir ou não o produto ou serviço disponibilizado e de quem comprar, se o caso.

Mas, retornando a concepção abstrata de mercado, conforme mencionado anteriormente, a despeito das peripécias históricas da concepção de mercado, o que se vê hoje é uma realidade totalmente diferente, quase homogênea, onde o mercado, seja ele qual for, não reserva-se a um único e determinado público ou ambiente, pelo contrário, na maiorias dos ramos de mercado o público em geral não encontra barreiras para aquisição do bem desejado, nem mesmo distância geográfica, isto muito em razão dos avanços

⁵⁴ Talvez a lei natural do mercado mais famosa que se tenha notícia seja a teoria da “Oferta e da Procura” que pressupõe uma relação causal entre fornecimento e consumo de determinado produto ou serviço, capaz de determinar os valores de mercado e mantê-lo em equilíbrio.

tecnológicos e digitais, que conferem condições de acesso aos mais diversos mercados por mais distantes que possam estar estabelecidos.

Com tais percepções, os lançamentos de novos empreendimentos no mercado, cada vez mais necessitam de planejamento estratégico, capaz de delimitar não apenas uma forma de inserção no ramo, mas também, deve existir um planejamento de manutenção da empresa neste dinâmico e complexo universo que se tornou o mercado econômico (inclusive, no que se refere à utilização de atos de concentrações entre entidades para consolidação de estrutura, por exemplo).

Entretanto, não obstante da quebra de barreiras alcançada pelo mercado, resultado de um intenso processo de globalização e universalização de produtos, somados a um crescimento avançado de poder aquisitivo dos consumidores, além do desenvolvimento econômico dos mais simplórios mercados econômicos, o que de fato possui importância no cenário econômico são os chamados “mercados relevantes”.

Mercado relevante, mencionado algumas vezes nos textos dos diplomas legais nº 8.884/94 (antiga lei de defesa da concorrência), nº 12.529/11 (lei do atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) e nº 6.404/76 (lei das Sociedades por Ações), refere-se a uma situação de essencialidade de determinada atividade desenvolvida, por uma visão econômica, referente a uma determinada faixa territorial *stricta*. Da mesma forma, para determinar-se um mercado relevante, deve-se analisar o fim específico do produto (e não sua natureza), sua essencialidade restrita, e a possibilidade de utilização de produtos alternativos com o mesmo efeito prático.

Nesta toada, disserta Oliveira e Rodas:

Não há o que se supor dano à concorrência se as empresas que estão cooperando, organizadas ou não por meio de uma associação, não possuem poder de mercado, isto é, não puderem influenciar relevantemente os preços e quantidades vendidas. Assim, pequenas empresas podem eventualmente formar uma rede para efetuar compras conjuntas sem necessariamente prejudicar o mercado relevante.⁵⁵

Com outro ponto de vista, Varella cita Hovenkamp ao tratar de mercado relevante, *verbs*:

O mercado geograficamente relevante é aquele em que um empresa detentora de poder econômico seja capaz de aumentar seus preços sem

⁵⁵ HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy – The Law of competition ad its practice*, St. Paul, West Publishing C.o., 1997, pág. 27, *apud* OLIVEIRA, Gesner & RODAS, João Grandino. Direito e Economia da Concorrência. Ed. Renovar, 2004, pá. 41 – *apud* Hoven

que: (I) seus clientes passem imediatamente a se abastecer de produtos semelhantes em empresas concorrentes, sediadas em outras localidades, e sem que (II) empresas concorrentes, sediadas em outras localidades geográficas, redirecionem sua produção para a localidade em apreço, afim de aí oferecerem seus produtos sucedâneos..⁵⁶

E evidente que, situações de domínio de mercado se proliferam e são mais perceptível em um mercado econômico relevante, onde, em razão de seu estado mais restrito, esta sujeito a sofre maiores efeitos advindos de operações centralizadoras, sendo utilizado aspecto determinante para basear e concluir por uma situação de abuso econômico.

Com efeito, não subsistem dúvidas que um mercado desequilibrado e instável não constitui bases a um sistema econômico coerente, seguro, e com potenciais prósperos, criando uma situação onde as diretrizes econômicas ficam vulneráveis, lanças a própria sorte das variações de mercado, pondo em risco o bem estar sócio econômico coletivo.

3.2 A Concorrência

A palavra concorrência é oriunda do Latim “CONCURRERE” – COM significando “junto” e CURRERE, com sentido “correr” –“correr junto”⁵⁷. Segundo o dicionário Aurélio, concorrência significa “Rivalidade entre diversas pessoas que visam a um mesmo fim (...)”.⁵⁸

Contudo, a despeito deste conceito, concorrência por si (se referindo aqui à palavra fora de um contexto econômico), não se revela apenas nas relações entre pessoas, pois, nota-se a existência da concorrência no *habitat* natural do mais simplório ser vivo. Mostrando-se por inúmeros vértices, como na disputa por alimentação, por abrigo, por acasalamento ou qualquer outra necessidade instintiva.

A concorrência, então, não se verifica como uma criação social ou mesmo um acontecimento controlado pela vontade racional, podendo ser mais bem classificada como uma das essências naturais da própria vida.

Quanto ao ser humano, se pararmos para pensar, o próprio ato de fertilização (ou fecundação), já enseja em concorrência, dando ensejo a futuros e sucessivos atos concorrências que integrarão a vida do ser gerado.

⁵⁶ BRUNA, Sérgio Varella. O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso de seu Exercício. Ed. Revista dos Tribunais. 2001, pág. 94

⁵⁷ Fonte: Portal Consultório Etimológico.

⁵⁸ Dicionário Monolíngue; Idioma Português. Ed. Positivo, 2012.

Portanto, conclui-se que, os atos concorrenciais propriamente ditos, estão naturalmente presentes no dia-a-dia dos seres vivos em geral, que incessantemente disputam uma posição ou objetivo de interesse comum, com os mesmos meios ou não, visando à satisfação de uma necessidade ou ambição que nem sempre partirá de uma vontade racional.

Conforme Ensina Coimbatore Krishnarao Prahalad⁵⁹: “Concorrência é uma característica de mercado decorrente de ações de empresas rivais, denominadas competidoras ou concorrentes, que disputam os mesmos clientes, consumidores ou fornecedores”⁶⁰

A concorrência é responsável por ditar a relação entre demanda de produtos ou serviços e o preço médio a ser desembolsado pelos interessados na aquisição dos bens, envolvendo, neste meio, complexas variações econômicas, como valor de contraprestação salarial, custo de condução e viabilidade da aquisição do produto.

Com o passar dos séculos e o constante desenvolvimento social, um mercado econômico de razoável competitividade mostrou-se como essencial a uma evolução econômica estável e duradoura.

Todavia, inobstante a concorrência vir a ser, acertadamente, tido como o mais benéfico acontecimento em um mercado econômico que busca desenvolver-se, fornecendo, por exemplo, uma melhor qualidade de produtos, um preço mais equitativo, variedades e opções de bens e serviços, as práticas abusivas podem desvirtuar a verdadeira face da concorrência, fazendo surgir efeitos negativos a uma ou mais partes da relação.

Exemplo disso seriam os casos de centralização abusiva de poder econômico, onde o detentor do maior capital impõe-se no mercado, encurralando os compradores que, muitas vezes, ou se submetem adquirindo produtos mais caros (com a mesma ou inferior qualidade), ou se abstêm da compra do produto, o que quase sempre se mostra uma árdua opção ao consumidor.

Assim, resguardar a integridade dos sujeitos do mercado que rotineiramente concorrem uns contra os outros também é elemento que deve ser levado em consideração ao trata-se de concorrência, pois, a disputa poderá repercutir positiva ou negativamente nas relações econômicas.

Os agentes que concorrem por algo, independentemente se fornecedores ou consumidores, em geral, guardam algumas semelhas de perfil, seja em relação ao interesse, à condição social, o poder financeiro, a aptidão, seja um robe, dentre outras, afinal, seria praticamente impossível concorrer por objetivos diferentes.

⁵⁹ Doutor em Administração por Harvard, professor titular de estratégia corporativa do programa de MBA da Universidade de Michigan, conselheiro do governo indiano para empreendedorismo e também autor do best-seller “Competindo pelo futuro”, com Gary Hamel.

⁶⁰ Obra: Competing for the future. C. K. Prahalad & G, Hamel. Edra. Harvard Business School Press, April 1994, pág. 37.

A concorrência leva os sujeitos do mercado a um procedimento comparativo, avaliando-se a oferta, a procura, as vantagens, as prioridades, etc. Do lado contrário da relação sempre estará o concorrente que, ainda que inconsciente e indiretamente, duelará para vencer a concorrência, visando alcançar seu objetivo com melhor qualidade e rapidez, ou melhor preço, ou qualquer outro elemento que satisfaça sua pretensão.

Neste diapasão, deve se considerar que um mercado com concorrência desregulada levará a uma disputa maléfica, onde os sujeitos concorrentes, muitas vezes, ultrapassarão seus limites financeiros, visando superar a concorrência, colocando todo o mercado sob risco iminente de quebra.

Neste contexto, devemos considerar a concorrência na esfera consumerista como um fenômeno natural responsável por regular os atos de comércio em determinado mercado, ainda que com insurgência desigual.

Partindo disso, não seria nenhum absurdo dizer que, ainda em uma sociedade onde não exista regulamentação jurídica voltada às relações econômicas, poderia se notar uma espécie de regulamentação natural do mercado pela concorrência, mesmo que, em um modelo imperfeito de mercado concorrencial, o responsável por ditar as “regras do jogo” viesse a ser aquele que detenha o maior poder econômico, o que não prestigiaria a equidade e justiça.

O mercado concorrencial, portanto, pode revelar várias facetas, sendo necessário um controle que o conduza ao favorecimento social, até mesmo porque, ainda não se tem notícias de um mercado econômico imune a práticas concorrenciais abusivas.

Em verdade, o capitalismo não se sustentaria sem a concorrência, a qual, um dia considerada como sinônimo de malefício as transações de natureza econômicas, atualmente esta se revela fundamental ao equilíbrio e desenvolvimento do mercado, sendo inimaginável uma economia saudável sem dado elemento.

3.2.1 Da concorrência perfeita

Do ponto de vista econômico, nos é permitido conceituarmos concorrência perfeita, por vezes chamada de concorrência pura, como sendo uma condição de mercado que se caracteriza pela existência de várias pequenas empresas (fornecedores), atuantes no mesmo ramo, comercializando produtos de um mesmo seguimento, com relativa semelhança de poder econômico, e, do lado inverso da relação, vários consumidores (compradores) indeterminados e homogêneos, sem que haja força de nenhum deles (compradores ou fornecedores)

para influenciar os valores de mercado, fazendo surgir preços e produtos razoáveis ao bem estar social.

Neste sentido, leciona Varella:

A concorrência perfeita pressupõe multiplicidade de compradores e vendedores, em número tal que a participação de cada um deles na oferta ou procura global seja insignificante, isto é, incapaz de afetar de forma sensível os volumes oferecidos ou procurados e, portanto, incapaz de modificar o preço de equilíbrio ou de mercado. A entrada ou saída individual no mercado não influíra sensivelmente nas curvas de oferta e procura.⁶¹

Na concepção de Vasconcelos e Garcia “Concorrência perfeita é um mercado ‘atomizado’, pois é composto de um número expressivo de empresas, como se fossem átomos”⁶².

Neste sentido, metaforicamente, compara-se o modelo de concorrência perfeita como sendo um mercado composto por vasto número de átomos que, conjuntamente, formam uma matéria, mas, a ausência de um único átomo, por sua insignificância, não descaracteriza a matéria uma vez formada.

Em outras palavras, o mercado econômico de perfeita concorrência é formado por grande número de pequenas empresas voltadas a fornecer produto ou serviço homogêneo, sem o poder de influenciar economicamente no mercado, seja pela sua entrada, manutenção ou saída do mercado.

Alguns estudiosos, como Isabel Vaz⁶³, classificam a concorrência perfeita como sendo um *status* utópico, em razão dos inúmeros ideais a serem alcançados coletivamente pela sociedade para se constituir um mercado de tamanha perfeição dentro do sistema capitalista.

Deste entendimento comunga Vicente Bagnoli, *in verbs*:

Esse modelo de mercado, que se diz ideal, mas utópico de ser atingido em sua plenitude, notabilizar-se-ia pela sua perfeita competitividade dada a existência alta e equivalente de produtores e compradores todos pequenos em relação ao todo, e com isso incapazes de influenciar o preço de produtos ou serviços e a atuação de outros competidores com suas decisões individuais.⁶⁴

⁶¹ BRUNA, Sérgio Varella. O Poder Econômico e a Conceituação de Abuso de seu Exercício. Ed. Revista dos Tribunais. 2001, pág. 26.

⁶² VASCONCELLOS Marco Antônio Sandoval; Economia Macro e Micro 1 ed. 2001, pág. 74.

⁶³ VAZ, Isabel. Direito Econômico da Concorrência. 1ª Ed, Rio de Janeiro; Forense, 1993, pág. 99.

⁶⁴ BAGNOLI, Vicente. Direito da Concorrência, São Paulo, Singular, 2005, pág. 143.

De certo, a concorrência perfeita dificilmente poderá ser vivenciada do ponto de vista prático, ainda mais se considerarmos o sistema de mercado moderno que atualmente vigora, onde o pensamento do “lucro acima de tudo” deixa de lado o bem estar social, incorrendo em inúmeros abusos por parte dos detentores do poder econômico e, conseqüentemente, fazendo surgir a necessidade de regulamentação jurídica para se limitar as relações concorrenciais no mercado consumidor.

Referido modelo de concorrência é considerado tão perfeito por fazer com que, havendo uma relação de horizontalidade simétrica entre fornecedores, bem como entre os compradores, e não existindo qualquer pacto pré-ordenado para se tirar vantagens indevidas da relação jurídica, pode-se propiciar ao comprador certa liberdade de escolha, lhe permitindo fazer o negócio mais justo de acordo com seus interesses, assim como resguarda o direito do fornecedor de concorrer paritariamente com os demais do mesmo ramo.

O benefício à vivência social se dá à medida que, neste modelo de concorrência, caberia aos empreendedores (fornecedores/prestadores de serviço), criarem formas de atender as necessidades e vontades dos consumidores com a melhor qualidade e ao menor custo possível, pois, se não o fizerem os clientes migrariam para aquele que conseguisse atingir este ideal de acordo com seus interesses.

Destarte, uma vez que se alcançasse o modelo de concorrência perfeita, conseguir-se-ia o benefício de se ter o menor preço possível (capaz de suprir as necessidades de produção e gerar lucro ao fornecedor), com a melhor qualidade do produto ou serviço ao consumidor, passando-se a vivenciar um mercado consumerista ótimo.

Neste passo, referindo-se ao estado de perfeição, Sraffa Marshall escreveu: “Quanto mais próximo de perfeito o mercado for, mais forte será a tendência para que o mesmo preço seja pago pela mesma coisa ao mesmo tempo em todas as partes do mercado”⁶⁵.

Segundo Adam Smith, para que a concorrência perfeita viesse a se concretizar faria necessário existir de maneira plena:

(...) o princípio da mão invisível, pelo qual cada indivíduo, ao atuar na busca apenas de seu bem-estar particular, realiza o que é mais conveniente para o conjunto da sociedade. Assim, em concorrência perfeita e sem falhas no mercado, o sistema de preços permite que se extraia a máxima quantidade de bens e serviços úteis do conjunto de

⁶⁵ Robertson, Dennis H.; Sraffa, Piero; e Shove, Gerald F. (1930) Symposium on Increasing Returns and the Representative Firm. Economic Journal, vol. 40, no. 157, março, pág.. 79-116.

recursos disponíveis na sociedade, conduzindo a economia a uma eficiente alocação dos recursos.⁶⁶

Verifica-se, portanto, que a concorrência perfeita seria um sistema ideal que faria o bem, em um mesmo ritmo, a todos envolvidos na relação, talvez daí se extraia o pensamento de que tal modelo seria uma utopia, pois, se algo pode ser aprendido ao longo da história fora que, o ser humano, ainda que se esforce para construir uma sociedade moderna e nela conviver da melhor e mais justa maneira possível, comumente não revela uma virtude de pensar e agir visando o bem coletivo, concepção esta que revela-se imprescindível a constituição do modelo de concorrência perfeita.

A existência do modelo de concorrência perfeita pressupõe a verificação de alguns fatores basilares.

Primeiramente, não pode haver uma coordenação entre as empresas (fornecedores) que visem tirar qualquer vantagem indevida do mercado, como por exemplo, o ato pré-ordenado dos fornecedores que obtêm lucro crescendo, uniformemente, os preços, causando prejuízos ao consumidor.

Há ainda de se observar que, o produto tem de possuir homogeneidade, isto é, não pode existir diferenças quanto à sua natureza, ainda que se venha a verificar uma tênue variação de qualidade (o que é natural resultado da concorrência), mas que é incapaz de influenciar relevantemente no preço de mercado.

Além disso, deve existir transparência do mercado, de modo que, todos os consumidores possam ter a mesma disponibilidade de informações a respeito do produto ou serviço disponível, prestigiando, assim, a igualdade e liberdade de escolha dos compradores.

Por fim, necessário se faz a inexistência de obstáculos à iniciação e cessação das atividades dos fornecedores no ramo, demonstrando uma facilidade e livre escolha do fornecedor de entrar, manter-se e retirar-se do mercado quando for de seu interesse, sem que haja relevante significância ao mercado econômico.

Outro ponto característico deste modelo concorrencial, que também acaba por criar empecilho à sua existência, é que, apesar da busca dos fornecedores por maximização dos lucros, estes, nesse sistema são uniformes, ou seja, são apenas aqueles necessários a suprir os gastos de produção, bem como (pequena) quantia extra que são considerados “lucros ordinários” do fornecedor. Todavia, em longo prazo, não há variável acréscimo dos lucros, continuando estes

⁶⁶ A Riqueza das Nações escrita em 1776, citação: The Economist World News 2012, a teoria principal defendida por Adam Smith nesta obra é a de que o desenvolvimento e o bem estar de uma nação advém do crescimento econômico e da divisão do trabalho. Esta última, garante a redução dos custos de produção e a queda dos preços das mercadorias. Defende também a livre concorrência econômica e a acumulação de capital como fonte para o desenvolvimento econômico.

a serem uniforme e pragmático (ordinários), desestimulando, assim, o pensamento de crescimento econômico conjunto, necessários a formação do sistema concorrencial perfeito.

Ainda inerente a questão dos lucros, existem situações de extrema exceção, nas quais mesmo no modelo de concorrência perfeita, haverá a possibilidade de o fornecedor conseguir perceber “picos” de lucros em um ou outro período, são os chamados “lucros extraordinários”.

Nesses casos peculiares, o próprio mecanismo vigente neste modelo de mercado se encarregaria de pulverizar tais ganhos excepcionais, pois, tais vantagens acabariam por atrair outras entidades empresariais ao mercado a procura dos lucros, haja vista o livre deslocamento de fornecedor existente nesse sistema, fazendo com que aumentasse a demanda de fornecedores para o mesmo número de consumidores, conseqüentemente, retornar-se-ia aos lucros mínimos “normais”.

No modelo de concorrência perfeita pode se observar atos que se assemelham a uma *hasta*, que se desenvolve de maneira harmônica, ilimitada e soturna, ao passo que, cada fornecedor expõe seu produto em igualdade de condições com os demais, garantindo que a coisa (ou serviço) possui a melhor qualidade pelo menor custo, apesar de o bem ser da mesma natureza daquele disponibilizado pelo fornecedor concorrente, visando atender o melhor interesse do maior número de compradores que, em sua ótica, têm em comum o objetivo na aquisição do produto ou serviço.

Neste seguimento, o consumidor concorre com os demais clientes para selar a aquisição do produto ou serviço posto a venda pelo fornecedor, sendo livre para escolher a situação que julgue ser a mais vantajosa pelos mais diversos meios, mas, antes que o produto se torne indisponível no mercado.

Alcançar o modelo de concorrência perfeita, prestigiando aquilo que é chamado por alguns doutrinadores de “economia da soberania do consumidor”⁶⁷, acarretaria na desnecessidade de regulamentação jurídica das diretrizes consumeristas, passando a vigorar no sistema apenas e tão somente a autonomia da vontade, tanto do fornecedor em escolher sua atividade e torná-la eficaz, como do consumidor de escolher o produto desejado e qual empresa supra melhor seus interesses.

No ordenamento jurídico vigente, a título de comparação, estão positivados, como já visto, os princípios da livre iniciativa (CF/88, artigo 170, parágrafo único), livre concorrência (CF/88, artigo 170, inciso IV) e da liberdade de escolha do comprador (CF/88, artigo 5º, inciso XXXII c.c. artigo 170, inciso V), além

⁶⁷ “Soberania do consumidor” em razão de que, tendo em vista a paridade existente entre os fornecedores, e a clareza de informações a respeito do produto exposto a venda, vige principalmente a liberdade de escolha do consumidor, de comprar ou não e, se optar por comprar, qual bem ou serviço comprará, fazendo surgir as diretrizes do mercado.

de normas que deles emanam. Tais princípios visam assegurar a regularidade da relação consumerista, de modo a impor limites jurídicos às ações dos fornecedores e compradores, visando criar um mercado mais equitativo, porém, longe do considerado um perfeito mercado concorrencial.

Apesar das normas jurídicas que relativamente regulamentam, direta ou indiretamente, o exercício da concorrência, no Brasil, a regra geral é a da não intervenção estatal, devendo o mecanismo concorrencial ser norteado pela já citada “mão invisível da concorrência” desenhada por Adam Smith como regra ideal.

Entretanto, para que esta teoria pudesse reinar absoluta na sociedade – não só na economia brasileira – seria necessário constituir um mercado consumerista à luz da concorrência pura, o que, em quanto impossível de se alcançar, faz-se necessário a regulação jurídica, por meio de dirigismo estatal, ainda que mínimo.

Frente ao caráter utópico que se mostra este modelo de concorrência – para alguns mais otimistas, trata-se de evolução social progressiva que alcançará o ideal em futuro ainda distante – não há exemplos, até então, de mercado econômico concorrencial que sequer faça lembrar ao padrão ditado pela concorrência plenamente perfeita, todavia a estrutura capitalista contemporâneo é considerado o melhor já alcançado pela comunidade mundial, ainda que neste molde impere a concorrência imperfeita, dotada de assimetria, concentrações incompatíveis, práticas desleais, dentre outros fatores, conforme será abordado no tópico seguinte.

Ante ao discorrido, denota-se que o modelo concorrencial aqui tratado seria norteado por uma correlação perfeita entre a oferta de produtos ou serviços pelos fornecedores e a procura dos consumidores, podendo o capital circular livre e harmoniosamente no mercado, imperando na relação jurídica a vontade dos sujeitos, porém, para se ter um modelo de concorrência com tamanha perfeição é necessário ações sociais que visem um crescimento econômico conjunto da coletividade, o que, pelas diretrizes da atual sociedade capitalista moderna, atribuem ao modelo de concorrência perfeita o caráter utópico hoje considerado.

3.2.2. Da concorrência imperfeita

O modelo concorrencial imperfeito se caracteriza por ser uma estrutura de mercado propícia à centralização econômica, prestigiando a possibilidade que aqueles mais avantajados financeiramente, tanto fornecedor

como consumidor, influenciem no mercado, alterando, precipuamente, os preços, quantidade de produção, estoque, qualidade, variedade, dentre outros elementos.

A teoria da concorrência imperfeita foi primeiramente formulada por Joan Violet Robinson⁶⁸ que, em 1933, escreveu sua obra *The Economics of Imperfect Competition*⁶⁹, enxergando a irrealidade de considerarmos a estrutura concorrencial perfeita no capitalismo vigente à época, afirmando ser inimaginável um fornecedor que não buscasse a ampliação de seus lucros por meio de práticas que ostentassem seu produto sobre os demais de mesma natureza.

A teoria de Robinson nasceu como uma crítica à doutrina do modelo de concorrência perfeita, sendo apontadas incompatibilidades com o sistema econômico de mercado da época, por influência disso, não raro se encontram autores conceituando concorrência imperfeita como sendo apenas “um modelo de mercado onde não estão presentes os requisitos da perfeita concorrência”.

A despeito disso, no modelo de concorrência imperfeita é possível observarmos, da mesma forma que em um mercado de concorrência perfeita, uma pluralidade de sujeitos, fornecedores e consumidores, bem como o livre deslocamento no mercado. Contudo, neste estado de concorrência um ou alguns dos atuantes do ramo goza de condições econômica capaz de influir nas diretrizes do mercado, fazendo surgir as imperfeições que, via geral, acarretam no enriquecimento de um em detrimento daquele que se encontra do outro lado da balança.

Outro ponto relevante da estrutura de mercado imperfeita é o desaparecimento da homogeneidade qualitativa dos produtos de mesma natureza, o que é característica da estrutura de perfeita concorrência, pois, nesta estrutura, as empresas fornecedoras buscam atribuir características peculiares e particulares a seus produtos, buscando justamente diferenciá-los dos demais, visando ostentação econômica.

Importante deixar claro que, apesar de se verificar, no modelo imperfeito de concorrência, práticas de centralização econômica capaz de influírem no mercado, não significa dizer, invariavelmente, que o agente detentor do maior poder tenha controle absoluto sobre o mercado, mas, apenas e tão somente uma influência superior capaz de alterar condições econômicas, como alterar preços de alguns produtos, demanda de produção, número de fornecedores atraídos ao ramo, entre outros elementos.

São exemplos de estrutura de mercado concorrencial imperfeito todos os conhecidos atualmente, pois, conforme já mencionado anteriormente, não se

⁶⁸ Joan Violet Robinson, economista britânica, completou os estudos de John Maynard Keynes. Criadora da expressão "monopsônio" em 1933. Fonte: Revista Grandes Economistas, pág. 19.

⁶⁹ Robinson's Economics of Imperfect Competition, Journal of Political Economy, Vol. 42, n°. 2, 1934, pág. 249-259.

tem notícia até o momento de mercado integralmente perfeito, sendo, inclusive, visto como uma estrutura de mercado impossível de ser alcançado.

Neste sentido, são categóricas as palavras de Paul Samuelson e Willian Nordhaus, publicadas em obra de autoria de ambos no ano de 2005, refletindo bem a realidade atual, ao dizerem “Bem vindo ao mundo em que vivemos, o mundo da concorrência imperfeita.”⁷⁰

Fica mais claro de enxergar o modelo concorrencial imperfeito quando fazemos um paralelo com uma situação enfrentada no mundo real.

Se imaginarmos o mercado automobilístico mundial veremos grande discrepância econômica entre empresas do mesmo ramo, que fornecem produtos de mesma natureza. É o caso de considerarmos a grande escuderia automobilística italiana Ferrari, com atividade voltada à venda de automóveis em *status* mundial, cujo produto mais barato não é vendido por menos do que uma pequena fortuna.

No mesmo ramo se encontra a multinacional alemã Volkswagen, empresa que também tem suas atividades voltadas ao mercado automobilístico e atua em vários mercados do mundo, todavia, vê-se uma realidade totalmente diferente, pois, existem automóveis deste fornecedor plenamente acessíveis às integrantes da considerada classe média brasileira.

Alguns até questionariam este exemplo, argumentando se tratar de mercados voltados a consumidores diferentes, contudo, do ponto de vista econômico estamos diante de um legítimo mercado concorrencial imperfeito, à medida que se nota a existência de fornecedores de produtos de mesma natureza, com irrestrita abrangência de possíveis consumidores, sendo que, um deles detém grande poder econômico em relação ao outro, capaz de influenciar os valores do mercado, assim como os produtos que, apesar de possuírem a mesma natureza, são peculiarmente distintos por características particulares dos fornecedores.

Depara-se, diariamente, com estruturas de mercado imperfeitas, o que, muitas vezes, soa desigual e injusto, carecendo de regulamentação jurídica para a manutenção da ordem social.

Várias práticas consideradas abusivas podem ser responsáveis por tornar o mercado concorrencial imperfeito, sendo as mais conhecidas e perceptíveis a prática monopolística e a oligopolista, dois conceitos que se subdividem em inúmeros atos imperfeitos de concorrência.

⁷⁰, SAMUELSON, Paul Anthony & NORDHAUS, Willian D. Economia, 18 ed. Ed. Mcgraw-Hill, 2005, pág. 166.

3.2.2.1 Monopólio

Monopólio em sentido empírico remete a noção de algo privativo, único, prerrogativa de vantagem, é a posse que determinado sujeito exerce sob determinado direito com exclusividade, utilizando dele para beneficiar-se frente à terceiro.

Na concepção econômico-científica, tem suas raízes fundadas no idioma grego, MONOPOLION, “direito exclusivo de comércio”, MONO - “um, único”, POLEIN, “vender”⁷¹, e, segundo dicionário Aurélio de Língua Portuguesa, significa “Comércio abusivo que consiste em um indivíduo ou um grupo tornar-se único possuidor de determinado gênero de mercadorias para, na falta de competidores, poder vendê-lo por preço exorbitante”⁷².

Monopólio econômico é uma prática abusiva de controle de mercado, que consiste em manter a concentração econômica de determinada mercadoria ou serviço, em mãos de um agente ou grupo de agentes (via geral fornecedores), permitindo a este manipular o mercado arbitrariamente, como por exemplo, supervalorizando o produto, restringindo a demanda de mercado, impondo padrão baixo de qualidade, dentre outras.

Neste sentido, Flávio Nusdeo conceitua o monopólio como:

Corresponde a uma situação na qual apenas uma pessoa ou uma empresa se apresenta como vendedora de um dado produto. Manifesta-se aqui em toda a sua plenitude o poder econômico, pois o monopolista está em condições de atuar simultaneamente nas duas variáveis que caracterizam a compra e venda, isto é, o preço e a quantidade. A rigor no monopólio deixa de existir o preço de mercado, pois ele será, em boa medida, uma decisão do monopolista.⁷³

Quando nos referimos ao monopólio devemos ter em mente que, trata-se da máxima imperfeição concorrencial possível de ser alcançada, pois, tal prática se perpetra exatamente com a eliminação total da concorrência, ao passo que o controle absoluto do mercado ficaria restrito a um único agente explorador (ou pequeno grupo), que dele poderá gozar da maneira que bem entender, inexistindo um “fiel da balança”.

Sobre isso assevera Varella:

⁷¹ Fonte: Portal Consultório Etimológico, fev, 2012.

⁷² Fonte: Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa, Ed. Positivo, 2013.

⁷³ NUSDEO, Fábio. Curso de Economia 3ed: Direito Econômico. Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 269.

Sendo o único vendedor, o monopolista tem pleno controle da oferta, podendo determinar, a seu bel-prazer, qual será a quantidade total ofertada no mercado. Por via de consequência, através da variação das quantidades ofertadas, poderá influir sobre o preço, fazendo-o oscilar de maneira inversamente proporcional ao volume da oferta. Ganancioso, tal como o competidor em concorrência perfeita, procurará obter o máximo de ganho possível em sua atividade, mas agora, como pode decidir qual será o nível, de oferta no mercado, provocará intencionalmente a escassez, afim de que os preços se elevem.⁷⁴

No cenário mundial, a regra é a existência de políticas repressoras de atitudes monopólicas, sendo encontradas apenas algumas situações excepcionais onde esta prática vigora integralmente, geralmente por regulação monopólica governamental, na qual o Estado resguarda exclusivamente para si o direito a exploração de determinado mercado.

A título de exemplo, no Brasil, é prerrogativa exclusiva da União a exploração do mercado petrolífero e de gás natural, conforme determina o artigo 177 e incisos da Constituição da República, sendo atualmente exercido tal privilégio por meio da empresa Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás – sociedade de economia mista controlada pela União Federal, sendo esta uma das poucas situações de monopólio econômico puro encontrado nos dias atuais.

Do ponto de vista jurídico, as formas de monopólio governamentais consiste em normatização que vai em sentido contrário a teoria da livre iniciativa, princípio ativo dos Estados Democráticos de Direito, restringindo a exploração privada livre de determinadas áreas econômicas.

Neste sentido discorre Diogenes Gasparini:

Em termos econômicos, monopólio é a abolição da concorrência. Em termos jurídicos, é a supressão de uma atividade do regime da livre iniciativa, imposta pelo Estado em benefício do interesse coletivo. Pelo que se depreende da nossa Lei Maior, é a exploração, pela União, de uma atividade monopolizada, como ocorre com as indicadas em seu art. 177. Não há, assim, monopólio privado (a exclusividade da atividade está nas mãos de particular), e, ademais, fora desse elenco não cabe falar em monopólio.⁷⁵

Este tipo de monopólio estatal, fixado constitucionalmente, também conhecido como paramonopólio, monopólio legal ou monopólio ficto, mostra-se como uma situação fática criada artificialmente, diferindo-se da condição monopólica que naturalmente se institui nas relações econômicas em determinado mercado, quando, por exemplo, uma empresa com maiores recursos financeiros

⁷⁴ BRUNA, Sérgio Varella. O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício. Ed. Revista dos Tribunais, 2001, pág. 31.

⁷⁵ GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo, Ed. Saraiva, 2002, pág. 621-622.

usa de artifícios desleais (ou não) para obrigar a concorrência a deixar o mercado, tornando-se soberana naquele ramo, podendo explorar irrestritamente os lucros do mercado.

Há ainda outra forma de monopólio econômico bastante peculiar que, inclusive, é previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro, trata-se do conhecido direito de patente, que permite ao inventor de determinado produto de uso industrial explorar exclusivamente a invenção registrada, desde que atenda algumas condições.

Este monopólio é nominado pela doutrina majoritária como monopólio coercitivo em razão do controle exercido pelo Estado em relação à regularidade no período de vigência da patente.

O monopólio sobre patente, assim com o monopólio ficto, não figura no cenário atual como prática monopolista pura (integral), isto em razão da mitigação legal do monopólio. Primeiro que, pela legislação brasileira, não se detém o direito de explorar uma patente por período superior a vinte anos, conforme artigo 40 da Lei nº 9.279/96.⁷⁶, o que atribui caráter temporário ao controle de patente.

Existem ainda hipóteses em que o detentor da patente poderá perder o direito de exclusividade na exploração, como, por exemplo, quando se verificar uso abusivo do monopólio pelo detentor, ou quando houver interesse público superior, nos termos da lei.⁷⁷

Portanto, o monopólio coercitivo é mais uma modalidade de monopólio criado artificialmente por sistema jurídico, que apenas guarda alguma semelhança com o chamado monopólio econômico natural, que surge apenas da relação de demanda e poder financeiro de mercado.

Destarte, conclui-se que, no cenário econômico mundial, não se verifica o chamado monopólio natural, restando apenas o exercido por forças governamentais em determinado ramo de mercado, até mesmo porque é de fácil constatação que, a prática monopolista possui conceito bastante radical, sendo que, o controle monopolista pela iniciativa privada ensejaria em ação nociva à ordem econômica e social, exacerbando a necessidade de intervenção jurídico-estatal, de modo a combater tais condutas temerárias.

⁷⁶ Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

⁷⁷ O caso mais emblemático de quebra do monopólio de patente por interesse público no cenário brasileiro se deu em maio de 2007, quando o então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva decretou a quebra da patente do medicamento Efavirenz, utilizado para o tratamento de HIV, que era de controle da empresa norte americana Merck Sharp & Dohme, que a época cobrava altos valores pelo produto cuja matéria prima era extraída de terras brasileiras.

3.2.2.2 Oligopólio

A palavra oligopólio é oriunda do vocábulo grego e significa “poucos vendedores” (oligos – “poucos”; póleos – “vendedores” “comércio”)⁷⁸.

Oligopólio se caracteriza por uma estrutura de mercado onde se verifica a existência de pequeno número de grandes fornecedores de mesmo objeto ou serviço, que vendem para inúmeros e irrestritos pequenos consumidores, possuindo poder econômico suficiente para influenciar nos valores do mercado, considerado como modelo intermediário entre o monopólio e a concorrência integral.

Neste sentido leciona os professores Dennis Carlton e Jeffrey Perloff “*Oligopoly, of course, refers to a market structure with a small number of sellers*”⁷⁹.

Com esta linha de raciocínio Oscar de Plácido e Silva classificou oligopólio como uma prática que: “designa a situação do mercado dominada por reduzido número de produtores, cada qual bastante forte para influenciá-lo, mas não o suficiente para desprezar a concorrência.”⁸⁰

Esta estrutura de mercado é embasada na “Teoria dos Jogos”, formulada por John Von Neumann⁸¹ que identifica uma força recíproca e dinâmica em que as empresas estão envolvidas, não podendo ser tomada nenhuma decisão por elas sem que haja efeitos na decisão que as concorrentes tomarão.

Há quem entenda que este modelo se trata de um monopólio evoluído⁸², onde a concentração econômica continua submetida a domínio de apenas alguns atuantes do mercado, todavia é possível observar alguma disputa entre eles, que agem ou reagem em função das condutas do concorrente direto, visando obter a concentração dos consumidores em seu produto e, conseqüentemente, obter maior lucro em relação à concorrência.

Nesta sistemática, à medida que se encontra pequeno número de empreendedores em um mesmo ramo de atividades, ocorre entre eles uma vigília natural, onde um sempre está atento às ações de seu concorrente, de modo a

⁷⁸ Fonte: Portal Consultório Etimológico 2013.

⁷⁹ Obra: Modern Industrial Organization, 4ed. Carlton & Perloff, 1994, Edra. Prentice Hall, pág. 97.

⁸⁰ SILVA, Oscar Joseph de Plácido. Vocabulário Jurídico, 23ed. Ed. Forense, 2004, pág. 473.

⁸¹ John Von Neumann (1903-1957), foi um Matemático norte-americano que desenvolveu o ramo da matemática conhecido como teoria dos jogos. Destacou-se pela sua contribuição à teoria dos quantos mecânicos, particularmente, pelo conceito de “círculos operadores” (conhecidos como álgebra de Neumann) e pelo seu trabalho pioneiro na matemática aplicada (principalmente, na estatística e na análise numérica). Fonte: Estudo sobre a Inteligência Artificial.

⁸² Nas palavras de Sérgio Varela “O modelo de formação de preços seguiria, assim, o modelo de monopólio, com algumas pequenas alterações, no que se refere a instabilidade do equilíbrio”. BRUNA, Sérgio Varela. O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso de seu Exercício. Ed. Revista dos Tribunais. 2001, pág. 44.

estar preparado para agir e influenciar o mercado a seu favor, vislumbrando extrair o maior lucro possível do mercado, o que atingirá diretamente o fornecedor concorrente.

Este efeito direto de ação e reação entre poucos fornecedores de mesmo ramo, inicia um ciclo sem fim, fazendo emergir uma situação onde os empreendedores vislumbram ser mais vantajoso unirem-se em cooperação mútua, na busca de um monopólio, ao invés de degladiarem entre si por “um lugar ao sol”.

Sobre este fenômeno discorre Nusdeo:

É fácil compreender que num oligopólio há uma grande tendência no sentido de se unirem os operadores, os quais passarão então a atuar como na unidade, levando a uma situação de monopólio. Porém, numa fase de crise, os oligopolistas poderão tender para o regime anterior, isto é, exercer uma concorrência imperfeita, procurando, cada um deles, obter uma fatia maior de mercado.⁸³

Esses pactos entre fornecedores, que sempre repousa sob o manto da informalidade haja vista a vedação legal de tais práticas, faz surgir sistemas abusivos, como os carteis, trusts, entre outros, onde, invariavelmente, o prejudicado é o consumidor.

Deve se ter em mente que, em uma estrutura oligopolista o agente possui força econômica suficiente para influenciar o mercado, como por exemplo, reduzindo a demanda de mercadorias e, conseqüentemente, inflando os preços dos produtos.

Então, a prática oligopolista muitas vezes é abusiva e dá origem a imperfeições no mercado concorrencial. Entretanto, não se pode afirmar que, sempre, o oligopólio trará malefícios à ordem econômica e social.

Caso o empreendedor oligopolista assuma diretrizes próprias de seu negócio, visando um melhor resultado do que o alcançado pelo fornecedor concorrente, inevitavelmente estará influenciando no mercado, obrigando os empreendedores da mesma área a reagirem, criando novos produtos, melhorando a qualidade e produção ou reduzindo o preço de suas mercadorias.

Nesta situação a concorrência será prestigiada, e o consumidor sentirá efeitos positivos no mercado, propiciando uma maior demanda de consumo, o que atrairia novos fornecedores para o ramo, diversificando as opções dos compradores, sendo mitigados os efeitos do controle econômico, bem como sentindo-se uma excepcional vantagem para ambas às partes da relação consumerista.

⁸³ NUSDEO, Fábio. Curso de Economia 3ed: Direito Econômico. Ed. Revista dos Tribunais pág. 267, 2001.

Atualmente, é possível nos depararmos com oligopólio em vários mercados mundo a fora, inclusive no Brasil, onde, a título exemplificativo, o mercado de aviação civil é manifestamente oligopolista, tendo em vista que, apenas poucas empresas são habilitadas pelos órgãos competentes para operar, tendo o mesmo público alvo (inúmeros consumidores sem restrição), qualidades e preços semelhantes.

Neste caso, percebe-se que, apesar de não se poder considerar referida estrutura como sendo um aspecto de idealidade, a economia oligopolista vem sendo tolerada, haja vista pouco estar afetando, negativamente, a regularidade do mercado aéreo nacional, podendo se identificar uma concorrência com certo controle.

Portanto, vê-se que apesar de se tratar de uma prática que torna o modelo concorrencial imperfeito, o oligopólio, em alguns casos, não nutre tamanha nocividade à ordem econômica como a hipótese de monopólio, sendo tolerado por vários países.

3.2.2.2.1 Oligopólio de conluio

O mercado oligopolista poderá tomar dois rumos diversos, em uma primeira hipótese o empreendedor mantém sua independência frente a outro do mesmo ramo e, ainda que subsista uma interdependência natural, continua a concorrer com os demais por uma parcela maior do mercado, ou, por outro lado, este empreendedor entendendo ser mais vantajoso, resolve unir forças com o então concorrente cessando a rivalidade comercial antes existente, retirando proveitos do mercado em detrimento do bem estar comum.

O oligopólio em conluio é aquele que se verifica justamente quando os fornecedores pactuam ente si ações recíprocas de cooperação, como por exemplo, fixar um valor mínimo de venda de determinada mercadoria, ou quantidade de produção, visando, assim, controlar o mercado, extraindo o maior lucro possível em detrimento do consumidor.

Segundo Adam Smith:

As pessoas do mesmo negócio raramente se encontram, mesmo para prazer e diversão, mas quando conversam acabam sempre numa conspiração contra o público ou numa qualquer maquinação para fazer subir os preços.⁸⁴

⁸⁴ Fonte: Jornal de Negócios, 19 de setembro de 2008, Matéria - Autor: Pedro Santos Guerreiro.

Esta modalidade oligopolista é a mais fácil de encontrar, tanto que se popularizou o termo “cartel”, que nada mais é do que uma forma de oligopólio em conluio.

Em um cartel, os empreendedores oligopolistas celebram entre si um acordo informal, podendo ser tácito ou expresso, que impõe uma igualdade de dominação do mercado, via geral, fixando preços mínimos, demanda de produtos, delimitação de território ou clientela, dentre outros elementos.⁸⁵

Existem inúmeros outros atos que podem classificados como oligopólio em conluio, esclarecendo-se, contudo, que, todas elas terão um objetivo em comum, a eliminação, total ou parcial, da concorrência naquele mercado.

O conluio oligopolista mostra-se tão nocivo à ordem econômica que, a maioria dos países impõe restrições jurídicas para coibir tal comportamento, inclusive tipificando como crime algumas condutas.

No Brasil, como já dito, a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, rege o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, tipificando algumas condutas consideradas abusivas, sem prejuízo de outros diplomas de natureza penal que conglobam alguns crimes inerentes ao oligopólio em questão.

Apesar disso, na grande maioria das vezes, o conluio oligopolista, uma vez criado, acaba se desfazendo em razão do comportamento dos próprios pactuantes, pois, à medida que um deles adota comportamento que os demais conspiradores desaprovam, surge uma quebra de confiança, passando os demais a agirem de maneira independente, buscando o controle de sua fatia do mercado, dissolvendo o acordo anteriormente celebrado e fazendo ressurgir a concorrência no mercado.

Um exemplo de conluio oligopolista em *status* mundial, talvez tido como um dos maiores escândalos internacionais já vistos, foi a denúncia do chamado cartel da indústria farmacêutica, cuja descoberta tomou corpo por volta do ano 1997, havendo acusações de que as indústrias responsáveis pela produção de drogas medicinais, conspiravam entre si para não fornecer produtos capazes eliminar moléstias mais graves, mas, tão somente dispusessem medicamentos capazes de controlar e viciar os enfermos, vendendo tais drogas a preços elevados e invariável.⁸⁶

Com o passar dos séculos vários outros casos abusivos foram noticiados, contudo, dificilmente consegue-se provar o liame subjetivo entre os empreendedores, sendo a denúncia a forma mais contundente para evidenciar esta

⁸⁵ A Resolução nº 20 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, conceitua a prática considerada Cartel.

⁸⁶ Na época, houve quem acusasse tais indústrias de não somente manipular o fornecimento de drogas, mas também de difundir moléstias capazes de por em risco a comunidade humana, havendo, inclusive, movimentos pró julgamento dos magnatas das indústrias farmacêuticas no Tribunal Penal Internacional – TPI. Fonte: Portal CNN, Revista Época.

prática desleal, o que, na maioria das vezes, parte de um ex-conspirador que deixa o esquema descontente.⁸⁷

O fato é que convivemos diariamente com praticas desleais de oligopólio em conluio, ficando cristalino que os meios jurídicos até então empregados para coibir tais comportamentos, apesar de ter alcançado certo êxito nas medidas repressivas a tais práticas, ainda não reflete o conceito de idealidade buscado.

3.2.2.2 Oligopólio de empresa dominante

Outra modalidade de oligopólio é aquele exercido por agente com poder dominante sobre o mercado, que preenche os requisitos genéricos de uma estrutura oligopolista, somando-se a isso, também detém o controle econômico da maior parte do mercado por um único empreendedor.

Nesta estrutura oligopolista, de acontecimento menos corriqueiro diga-se, uma empresa que atua em determinado ramo, possui o controle econômico que varia entre 60% e 80% do mercado, tendo uma maior influencia nas regas de comércio, obtendo vantagens grandiosas em relação a seus concorrentes.

Via geral, a empresa dominante permite que parte do mercado seja disputado por outros pequenos fornecedores, até mesmo como meios de burlar as fiscalizações que poderiam ameaçar sua soberania no mercado, atuando, por outro lado, com controle absoluto na parte que domina.

Neste modelo, diferente da estrutura de conluio oligopolista, não há interesse em se realizar um pacto de cooperação, pois, a empresa com maior influencia no mercado não carece de unir-se com os demais fornecedores para manutem o domínio de mercado, haja vista possuir o controle soberano das relações de consumo.

Aliás, neste modelo parece ser mais correto imaginarmos uma relação de hierarquia vertical, estando a empresa dominante no topo da cadeia, deixando a base da “pirâmide”⁸⁸ para ser disputada pelos demais pequenos fornecedores, isto

⁸⁷ Por conta disso fora criado em vários Estados soberanos, em especial os integrantes da União Europeia, o Estatuto de Clemência (programa de leniência, no Brasil), que confere ao primeiro agente denunciante de um esquema de cartel, vantagens que vão desde a atenuação de eventual pena até a anistia de sanção, a depender da gravidade da conspiração e do grau de contribuição do denunciante.

⁸⁸ O modelo da pirâmide, primeiramente idealizado por Hans Kelsen, emérito jurista e filósofo austríaco, é utilizado para demonstrar uma relação hierárquica de um conceito, sendo utilizado

porque, considerando o maior poder econômico da empresa dominante, é perceptível que sua influência no mercado surtirá muito mais efeitos nas empresas menores do que uma situação inversa, deixando claro que as regras do mercado passam a ser ditadas pela empresa dominante.

Para se ter uma melhor noção, utiliza-se de um exemplo real, presente na esfera habitual de grande parcela da população mundial e que poucos se dão conta de estarem diante de um modelo concorrencial imperfeito.

Atualmente, a empresa multinacional *The Coca Cola Company*, atuante, principalmente, no mercado de refrigerantes, detém hoje o controle de cerca de 60% do mercado internacional do ramo⁸⁹, enquanto suas concorrentes, dentre elas uma de suas maiores confrontantes, a Companhia Pepsico⁹⁰, travam batalhas pela fatia de 40% restante do mercado mundial.

Esta situação claramente se enquadra na estrutura de oligopólio de empresa dominante, sendo que, uma das empresa de maior influência no mercado (Coca Cola) de predileção dos consumidores em razão de sua maior exposição, sem retirar os méritos da qualidade do produto, gozando de muito mais vantagens econômicas. Toda esta soberania reflete negativamente nas concorrentes, afinal quantas crianças, nos primeiros anos de vida, aprendem a utilizar a expressão “coca” para se referirem a um refrigerante por elas pretendido?

É evidente que no caso em escopo, a empresa The Coca Cola Company possui muito mais condições de governar o mercado a seu favor do que as demais concorrentes, causando grande desequilíbrio da relação de concorrência.

Apesar de aparentar ser mais gravosa esta estrutura de mercado, já que a empresa dominante controla substancial parcela deste em regime similar a um monopólio, tal estrutura se sustenta com menor incidência no cenário econômico, haja vista que uma empresa carecerá de tempo de mercado, ações de marketing, manobras de consumo e, mais que tudo, enormes recursos financeiros para figurar como dominante em determinado ramo.

Da mesma forma, com tamanho investimento para controle de dado mercado, a empresa dominante abrangerá, via geral, vasto território, muitas vezes em “status” internacional. Assim, contrariamente ao que se possa imaginar, tornará mais tênue a percepção de práticas abusivas, tendo em vista a sociedade normalmente tende a se conformar com determinado comportamento ao ver que ele ocorre em vários locais e grupos sociais distintos.

originalmente para evidenciar a chamada Teoria da Relação de Compatibilidade Vertical da Constituição em relação aos demais diplomas legais.

⁸⁹ Fonte: Dados da Associação Brasileira das Industrias de Refrigerantes e bebidas não alcoólicas – Abir.

⁹⁰ Produtora do refrigerante Pepsi Cola, que há anos trava batalhas públicas de concorrência com o produto Coca Cola, inclusive com incidentes de Marketing agressivo.

Frente a isso, indubitável se mostra a necessidade de intervenção do Estado de modo a reprimir tais condutas, o que se faz, comumente, por normatização jurídica. No Brasil, tal posição fica a cargo da Lei de Defesa da Concorrência e dos entes das administração pública vinculados a matéria, responsáveis por aplicar medidas para coibir certos comportamentos anticoncorrenciais.

Assim, fica claro que vivemos em meio a uma estrutura de mercado imperfeita, cuja complexidade havida por trás disso merece extrema atenção e técnica, pois, é necessário se criar uma ordem econômica consistente e regular, capaz de resistir às mudanças que normalmente poderiam desestabilizar a economia, até mesmo porque, vivemos tempos em que uma infinidade de elementos podem influenciar negativamente o mercado, pondo em risco o equilíbrio socioeconômico há muito buscado.

3.2.2.3 Outros atos de concorrência imperfeita

Como não poderia deixar de ser, a basear-se pela engenhosidade humana para criação de estratégias voltadas a tirar vantagens indevidas das mais diversas áreas para o bem próprio em detrimento da coletividade, as condutas que de alguma forma atentam contra a regularidade da concorrência no mercado são as mais variadas possíveis.

Dentre a infinidade de modalidades contrarias a concorrência, destacaremos aqui as condutas conhecidas como *Dumping* e a Concorrência Monopolística, que exigem extrema atenção por parte do poder público voltado ao controle econômico.

A expressão *dumping* advém do inglês, e é utilizada para descrever um comportamento desleal nas trincheiras do mercado.

Ocorre *dumping* quando o fornecedor de determinado produto, via geral aquele com maior poder financeiro que seus competidores, reduz o valor venal da mercadoria a custo inferior ao de produção.

De acordo com a conceituação da antiga *General Agreement on Tariffs and Trade* - GATT⁹¹ *dumping* “considera-se que um produto está a ser

⁹¹ Em português “Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio”, como brevemente mencionado nos tópicos anteriores, foi um conjunto normativo celebrado entre vários Estados, posteriormente a Segunda Guerra Mundial, com fins de regulamentar as relações de comércio entre as nações soberanas, é tido como estrutura base da Organização Mundial do Comércio – OMC, criada em 1995.

objeto de dumping, isto é, introduzido no mercado de outro país a um preço inferior ao seu valor normal”⁹²

Neste íterim, aduz Vicente Bagnoli “*Dumping* é a prática de introduzir um produto no mercado de outro país a preço inferior ao valor normal (...)”.⁹³

Com esta conotação, a Secretaria de Acompanhamento Econômico conceitua *dumping* como sendo:

Venda injustificada da mercadoria abaixo do preço de custo que produza efeitos ou tenha como objeto prejudicar a livre concorrência, dominar mercado relevante de bens e serviços, aumentar arbitrariamente os lucro ou exercer de forma abusiva posição dominante.⁹⁴

A Prática de *dumping* é mais comumente encontrada em relações de comércio internacional, nada impedindo, porém, que se constate tal conduta no mercado interno nacional.

De fato a pratica de *dumping* é contraproducente à finalidade do empreendedorismo, afinal, é inimaginável e inócuo referirmo-nos ao exercício empresarial sem que se vise o lucro, o que não se consegue com a prática de *dumping*, já que o balanço financeiro fecharia em déficit.

Com isso, surge a questão, qual o motivo de um fornecedor agir com este comportamento, se não lhe é viável do ponto de vista financeiro?

A resposta é simples, em um primeiro momento não é de pretensão deste empreendedor perceber lucros, mas sim eliminar a concorrência, o que, num futuro, lhe conferiria o controle total do mercado e, conseqüentemente, lucros muito superiores aos que normalmente se obteria com o mercado em plena concorrência.

Frente a uma situação de *dumping*, os empreendedores de condições financeiras mais singelas não suportariam a concorrência, à medida que não haveria procura de suas mercadorias a preço superior ao do competidor desleal, não podendo, ainda, reduzir os preços ao paralelo inferior ao de mercado, sob pena de iminente de quebra.

Nesta situação, inexistindo renda capaz, até mesmo, de financiar a produção das mercadorias postas a venda, não restaria alternativa aos pequenos fornecedores concorrentes senão “fechar as portas” ou debandar para outro mercado.

⁹² Fonte: Artigo 2º, 2.1, GATT 1947.

⁹³ BAGNOLI, Vicente. Direito da Concorrência, Ed. São Paulo, ed. 1. 2005 pág. 128.

⁹⁴ SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico – *apud*, OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. Direito e Economia da Concorrência. Ed. Renovar. 2004, pág. 58.

Tal prática também desprestigia o bem estar do consumidor, pois, o desequilíbrio do mercado o prejudicaria, ainda que temporariamente tivesse a oportunidade de aquisição da mercadoria a preços mais baixos, até mesmo por que, com o futuro minguar da concorrência não mais possuiria livre opção, ficando sujeito às condições imposta pelo então controlador do mercado.

Assim, constata-se ser esta mais uma prática abusiva que gera a imperfeição da concorrência no mercado, devendo ser severamente combatida pelas autoridades competentes.

Por sua vez, a estrutura de concorrência monopolística possui o condão de interferir negativamente no mercado, prejudicando as relações de consumo.

Concorrência monopolística pode ser observada quando, existindo amplo número de fornecedores e consumidores, com valores semelhantes e liberdade de entrada e saída do mercado, os produtos oferecidos não são homogêneos, isto é, são alterados por características particulares de conceito dos fornecedores.

Neste contexto, acentua Varella:

Na concorrência monopolística os mercados de cada um dos concorrentes estarão em certa medida isolados uns dos outros, de forma que não se tratará mais de um só mercado para todos os competidores, se não de uma rede de mercados, de uma estreita relação, um para cada vendedor. O grande móvel da composição das forças de oferta e procura nos mercados é o inelutável desejo de cada agente econômico, competidor ou monopolista, de maximizar seus ganhos.⁹⁵

A concorrência monopolística guarda alguma identidade para com a concorrência perfeita, uma vez que se verifica alguns requisitos comuns em ambos os institutos, havendo quem defenda que a concorrência monopolística figura como modelo limítrofe que separa a estrutura oligopolista e a de concorrência perfeita.

Na estrutura de mercado em concorrência monopolística, assim como no modelo concorrencial perfeito, há um livre trânsito de entrada e saída do mercado, este é um ponto que os críticos se apegam para objurgar este sistema, argumentando que, um mercado promissor chamaria a atenção de várias outras empresas, que deslocariam suas atividades para este ramo, com isso, o que antes era um mercado regular e expoente, tornar-se-ia desproporcional, com mais oferta de mercadorias do que procura por consumo, incorrendo em descarte de produtos sem o devido uso.

⁹⁵ BRUNA, Sérgio Varella. O Poder Econômico e a Conceituação do abuso de seu Exercício. Ed. Revista dos Tribunais., 2001, pág. 40.

Isto, por si só, deixaria o mercado inclinado negativamente, ao passo que, inúmeros bem sairiam do mercado de forma prematura, sem agregar renda ao fornecedor, capital este necessário à produção das futuras mercadorias que seriam colocadas a venda e passariam a integrar o comércio, novamente gerando déficit financeiro.

Neste modelo, a diferenciação do produto não recai sobre sua objetivação, mas sim sobre o caráter qualitativo, quantitativo ou mesmo de ostentação da mercadoria, visando garantir a predileção do consumidor em relação a um ou outro produto.

Exemplos de concorrência monopolística são facilmente encontrados diariamente na relação de consumo, basta apenas se dirigir a um comércio qualquer que saltará aos olhos do consumidor a guerra de diferentes marcas de um produto de mesmo objetivo, pela atenção do comprador.

Imaginemos uma prateleira de uma perfumaria qualquer, inúmeros produtos destinados a otimizar o aroma corporal estariam a disposição do consumidor, todos eles com, ao menos, algumas ligeiras distinções, seja no cheiro da loção, seja na quantidade do frasco ou mesmo em sua forma de aplicação, sendo este um exemplo semelhante as situações que nos deparamos cotidianamente.

Nesta modalidade, a empresa em concorrência monopolística, em um primeiro momento, obtém lucros que transcende a média do mercado, contudo, com o passar do tempo, considerando a liberdade de ingresso no mercado, várias outras empresas debandariam para este ramo, equilibrando a relação fazendo os lucros girarem em torno de zero.

Partindo disso, é cedo concluirmos que esta estrutura de concorrência pouco contribui para a dominação de mercado, tendo em vista que pequenas modificações na mercadoria oferecida, ou até mesmo o ingresso de nova fornecedora num mercado, poderia simplesmente ganhar a curiosidade do público consumidor, fazendo com que outra determinada empresa já estabelecida no ramo perdesse em procura de seus produtos.

Portando, vê-se que tais práticas atentam diretamente contra a concorrência de mercado, capaz de influir e desestabilizar toda estrutura do sistema econômico público, carecendo serem rigidamente reprimido pelo poder dirigente do Estado.

Ademais, além destes dois institutos aqui elencados muitas outras práticas seriam dignas de serem lembradas em razão de sua nocividade para com a concorrência de mercado, o que não se fará aqui por não se tratar de objeto específico deste despretensioso estudo.

3.3 A Defesa da Concorrência no Mercado Interno

Com o desenvolvido até este tópico, podemos perceber que, malgrado teorias otimistas acerca de um mercado equitativo ditado exclusivamente pelas regras naturais da relação econômica, não é possível admitir-se, até então, a existência de uma economia de mercado sem uma política efetiva voltada a defesa da concorrência.

Até mesmo porque, na “selva” que se tornara o mercado econômico, com a busca obsessiva pelo lucro, se imaginarmos um mercado desregulado socialmente onde apenas o mais forte economicamente sobrevive, os maiores prejuízos seriam suportados pelo sujeito mais fraco da relação, isto é, o consumidor, refletindo diretamente no direito socioeconômico coletivo.

Com estas condições bem explícitas, a defesa da concorrência tornou-se objeto de políticas governamentais, como ponto salutar a construção e desenvolvimento da economia de mercado, tanto nas grandes potências econômicas do globo, quanto nas economias emergentes e nas nações de menor visibilidade.

No Brasil, a tentativa de “domar” o mercado, por meio do controle da concorrência, já vem se desenvolvendo a algumas décadas, culminando com o modelo atual, que ainda mostra-se longe do ideal para um país que postula alcançar o nível das grandes potências econômicas.

3.3.1 Aspecto histórico da defesa da concorrência no cenário nacional

No ordenamento jurídico brasileiro já observamos ao longo dos anos várias disposições normativas que tentaram, de algum modo, regular e defender a concorrência de mercado, disposições estas que versavam sobre os mais variados assuntos desta natureza e tentavam adequar o fenômeno da concorrência a realidade econômica do país.

Com efeito, o primeiro ato normativo desta natureza que se tem notícias no Brasil, foi o Decreto-Lei nº 869 de 1938, um diploma legislativo publicado em pleno governo Vargas, que limitava-se a prever condutas que eram consideradas crime contra a economia pública, tipificando de maneira *sui generis* como crime econômico qualquer conduta que implicasse alguma nocividade as mercadorias essenciais a população do Estado.

Tal diploma, como é de se perceber, não possuiu grande valia no controle da disputa de mercado, à medida que, tentava apenas punir criminalmente condutas que atentavam contra a ordem econômica, na qual se inclui os atos anticoncorrenciais⁹⁶, em um controle limitado *ex post factum*, de circunstâncias que muitas vezes eram irreparáveis, sem realizar uma atuação preventiva.

Neste panorama de inabilidade legal que não atendia as necessidades socioeconômicas da época, em 1942 criou-se a Comissão de Defesa Econômica, um órgão público conduzido pelo chefe do executivo federal e composto por uma série de ministros, estatuído pelo Decreto-Lei n° 4.408/42, que tinha por escopo, conforme ensina Bulgarelli⁹⁷, apreciar casos de atos econômicos que atentassem contra patrimônio público ou privado em território nacional, além de tomar as medidas cabíveis a reparação dos danos e emitir posições administrativas em relação ao padrão de conduta exigível nas relações comerciais.

Tal comissão, contudo, também veio a fracassar em suas atribuições, sendo dissolvida pouco mais de um ano após sua criação, em meados de 1943, pelo Ato Normativo n° 5.661/43.

Após estas fracassadas tentativas de controle econômico, sobreveio no ordenamento o Decreto-Lei n° 7.666/45, de autoria de Magalhães⁹⁸, que fora responsável pela criação da Comissão Administrativa de Defesa Econômica, que constitui as bases originais da autarquia governamental CADE como hoje é conhecido.⁹⁹

Porém, com a reviravolta política que se deu no Brasil em 1946, com a subida ao poder de Eurico Dutra¹⁰⁰ e a reconstitucionalização do país datada da época, foi instituída uma nova ordem econômica, com o pioneirismo de disposição constitucional das diretrizes econômica da nação¹⁰¹, que refletiu na criação da lei n° 4.137/62, considerado o bandeirante ato legislativo de reprimenda as práticas de truste.

Referido diploma trouxe normas consideradas avançadas para a época, com previsão de sanções penais e administrativas ao abuso de poder econômico, criando, a partir do esboço dos diplomas anteriores e do direito estrangeiro, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (artigo 8° e seguintes

⁹⁶ Nesta época, inclusive, considerava-se crime alguns atos de concentração empresarial com a finalidade de mitigar os efeitos da concorrência no mercado, crime este que previa sanções criminais severas, sem possibilidade de liberdade afiançada.

⁹⁷ BULGARELLI, Waldirio. Concentração de Empresas e o Direito Antitruste, Ed. Atlas, 1996.

⁹⁸ Agamenon S. G. Magalhães, então Ministro da Justiça no interstício de transição totalitarista-democrático brasileiro do pós era Vargas.

⁹⁹ Fonte: Portal CADE gov.

¹⁰⁰ Eurico Gaspar Dutra presidiu o Brasil, sucedendo o governo Vargas entre 1946 e 1951.

¹⁰¹ O Texto constitucional de 1946 dispunha em seu artigo 148: "A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros." (1946, BRASIL, CF), sendo esta a primeira diretriz constitucional de organização econômica no ordenamento jurídico nacional.

da lei), contribuindo para certo desenvolvimento econômico e solidificação do mercado interno neste período.

Entretanto, mesmo com outras disposições legais, trazidas pela então nova lei, oposições abstratas trazidas pelo diploma legal restringindo algumas atividades comuns que entendia-se poder levar a efeitos negativos a disputa de mercado, acabavam por criar um entrave de práticas empresárias consideradas essenciais ao desenvolvimento econômico, com isso, houve grande descontentamento por parte da comunidade empresária, levando o Estado a tolerar certas condutas deixando de aplicar a lei em alguns casos, abrindo novos precedentes para o abuso econômico.

Com erros e acertos, tal posição legislativa de repressão às práticas de truste no Brasil durou vários anos, subsistindo mesmo após a instituição da então nova Constituição Federal de 1967 (elaborada em meio ao golpe militar que sofrera a o Estado brasileiro).

Após este período, novos paradigmas legais relevantes ao que refere-se a tentativa de se reprimir abuso econômico apenas se deu nos anos 90, já com a vigência da “Constituição Cidadã”, que trouxe em seu bojo a denominada “Constituição Econômica Brasileira” (título VII da CF/88, artigo 170 a 191), que prevê em seu artigo 173, parágrafo 4º, o dever legal do Estado de reprimir abusos de poder econômico.

Com estas novas diretrizes constitucionais, diversas leis foram criadas com o intuito de prestigiar a defesa da concorrência, como é o caso da lei 8.137, de dezembro de 1990¹⁰², (que passou a tipificar crimes contra a ordem econômica, tributária e financeira, dentre as quais se insere o cartel) e, um mês após, a Lei nº 8.158/91, que instituía a Secretaria Nacional de Direito Econômico, ente ligado ao Ministério da Justiça, a quem competia fiscalizar e punir condutas nocivas praticadas por agentes econômicos atuantes no mercado brasileiro.

Mas, o grande marco de defesa da concorrência neste período histórico no Brasil se deu em 1994, com a entrada em vigor da lei nº 8.884/94, chamada simplesmente de “lei antitruste”, incorporou-se ao ordenamento em um momento que o Estado brasileiro sofria com a crise inflacionária e extremas variações do mercado interno, o que estimulava as entidades empresariais a tentar ganhar maior influencia no mercado mediante abuso de poder econômico.

Referida lei criou uma série de entidades¹⁰³ governamentais que, juntos, constituíam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com uma

¹⁰² Referida legislação trouxe alguns paradigmas bem radicais, ao considerar qualquer ato concentracionista entre empresas ofensivo a ordem econômica, tipificando-os como crime econômico, mostrando-se, portanto, totalmente incompatível com as evoluções econômicas que o país viria a sofrer poucos anos após.

¹⁰³ Dentre os entes criados por tal diploma legal estavam Secretaria de Acompanhamento Econômico - SAE/MF, Secretaria de Direito Econômico – SDE/MJ e o Conselho Administrativo de Direito Econômico – CADE.

visão moderna para a época, adotando uma filosofia não só punitiva em relação a atos considerados nocivos à ordem econômica, mas também, posicionando o Estado como fiscalizador preventivo de ações entre agentes econômicos (apesar de tentar realizar tal procedimento por métodos que se mostraram ineficientes), e conscientizador da importância da concorrência para o mercado e para a economia.

Referida lei colheu os louros de uma evolução econômica por qual passou Brasil a partir de 1997, considerando que o país vinha de anos de mercado fechado, ultrapassado e desregrado e uma política pública econômica que contraiu dívidas externas em quantias astronômicas. Com um mercado mais sólido e em franco crescimento, a política pública de defesa da concorrência embasada neste texto legal, teve certa efetividade, chegando a destacar-se internacionalmente, apesar de deixar a desejar em vários pontos no plano prático de atuação dos entes governamentais no que se refere aos procedimentos administrativos de fiscalização e apreciação de operações econômicas no território nacional.

Por fim, acompanhando as evoluções pós-estabilização e desenvolvimento econômico-tecnológico no Brasil e no mundo, fora criada a Lei nº 12.529/11, voltada a otimizar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a partir de alguns rascunhos da lei antecedente e outras disposições estrangeiras, dotado de um paradigma contemporâneo e mais eficaz em relação aos modelos anteriores, sem, contudo, conseguir atingir uma aceitação unânime dos operadores econômicos no plano interno.

3.3.2 Generalidades trazidas pela Lei nº 12.529, uma nova política de defesa concorrencial.

Em determinado momento da história, o Estado brasileiro adotava uma posição pouco efetiva em relação à defesa da concorrência, deixando, muitas vezes, de tutela-la, ou focando suas atividades interventivas nos efeitos que a turbção aos atos concorrências geravam no mercado, como, por exemplo, reprimindo condutas de abuso econômico somente após estas refletirem algum mau substancial à ordem econômica.

Contudo, com os avanços da economia e o adentrar ao mundo de mercado globalizado, pode-se observar que, há um efetivo controle do mercado econômico, necessário se fazia uma mudança de ponto de vista governamental, necessitando de atuação regulamentadora preventiva do Estado nos pontos chaves de equilíbrio de mercado, de modo a manter o bem estar socioeconômico coletivo.

Passou-se então a se enxergar maneiras de prevenir possíveis deturpações da concorrência, elemento salutar a solidificação do mercado econômico, incorporando-se, então, o que passou a ser a nova política socioeconômica no Brasil, ou seja, a defesa da concorrência como forma de preservar as relações comerciais como um todo.

Com este panorama foi instituído um novo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, regulamentado pela Lei nº 12.529/11 de 30 de novembro de 2011, considerada por alguns dos profissionais do ramo, como um sistema normativo moderno, capaz de fazer frente as mais avançadas ordens legais das grandes potências mundiais.

Referido diploma trouxe algumas disposições revolucionárias em relação ao sistema pátrio anterior, vigorado a luz da Lei nº 8.884/94, dentre as quais se destaca a criação de um novo sistema organizacional de controle administrativo das operações que, de alguma forma, reúnam elementos de potenciais centralizações econômicas.

Criou-se então, uma nova estrutura das entidades de defesa da concorrência que, conforme artigo 3º da *lex* em comento, resumem-se ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, sendo excluído deste rol restrito a Secretaria de Direito Econômico, vinculada ao Ministério da Justiça, que na vigência da lei anterior possuía lugar de destaque no sistema nacional de defesa econômica.

Com o advento da nova lei, tais entidades ganharam nova estrutura funcional, visando uma atuação mais célere e efetiva no cenário econômico nacional.

Com isso, passou a ser responsabilidade principal de tais entes (CADE e SEAE) apreciarem casos que, na maioria das vezes, atentem (ou possam vir a prejudicar) a concorrência de mercado, com competência distribuída entre tais, podendo, inclusive, aplicar sanções de natureza administrativas as entidades que de alguma forma contrariar a ordem nacional, conforme será melhor visto no capítulo seguinte.

Mas, além desta reestruturação das entidades da administração pública incumbidos de regulamentação dos atos de centralização econômica, talvez a maior alteração da política antitruste atual em relação ao modelo anterior tenha sido a mudança estratégica do momento de regulamentação dos atos concentracionistas.

No modelo anterior da Lei 8.884/94, conforme menciona Bulgarelli¹⁰⁴, era possibilitado às empresas realizarem os atos de concentração pretendidos, e apresentar, somente após, o plano concentracionista aos aparelhos estatais

¹⁰⁴ BULGARELLI, Waldirio, obra: Concentração de Empresas e o Direito Antitruste, Ed. 2, Edra. Atlas, 1996.

responsáveis pelo controle, ou seja, o dirigismo estatal se dava *ex post factum*, sendo que, quase sempre, os prejuízos causados ao mercado econômico com a concentração, apesar de seu alto grau de relevância, seriam amplificados por uma dissolução forçada, acabando por ter de ser tolerada a operação concentracionista pelo Estado, sendo a coletividade afetada sensivelmente com tais ações.

Já no sistema atual, os atos de concentração entre agentes econômicos que envolvam grande concentração de capital têm de ser submetidos aos entes de controle administrativo de maneira prévia, conforme dispõe o artigo 88, parágrafo 3º, e 53 da Lei nº 12.529/11, *in verbs*:

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

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

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

§ 3º - Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais)(...)

Art. 53. O pedido de aprovação dos atos de concentração econômica a que se refere o art. 88 desta Lei deverá ser endereçado ao Cade e instruído com as informações e documentos indispensáveis à instauração do processo administrativo, definidos em resolução do Cade, além do comprovante de recolhimento da taxa respectiva.

Portando, a atuação do poder público passou a ser anterior a realização da concentração, com a necessidade de instaurar-se um processo administrativo voltado a apurar os elementos que conglobam a operação, como forma de prevenir atos que incorram em abuso de poder econômico.

Este novo posicionamento normativo, sem dúvida alguma, contribuiu a uma maior efetividade prática no controle dos atos concentracionistas, assim como uma maior celeridade na apreciação dos atos de concentração, trazendo grandes benefícios, tanto à sociedade, que ganha um “filtro” com real efetividade no controle contra atos de abuso econômico, quanto aos envolvidos diretamente na concentração entre empresas, que tendem a ter mitigados os efeitos negativos da atuação estatal na resolução posterior de um ato de concentração que, em alguns casos, pode decidir o futuro da empresa no mercado.

Da mesma forma, determinar a relevância da concentração com base no mínimo faturamento bruto dos agentes envolvidos (art. 88, I e II, da lei antitruste), promove uma facilitação à concentração entre pequenas empresas de pouco poder econômico, cujo ato concentracionista não influirá relevantemente no mercado, reduzindo entraves nas operações entre empresas de menor capital e, conseqüentemente, beneficiando o desenvolvimento econômico do mercado.

Outro ponto no qual a política atual progrediu em relação aos modelos anteriores foi em relação à fiscalização de práticas abusivas no mercado que envolvem estratégias entre entidades para tirar lucros excessivos do mercado em detrimento do consumidor, com a imposição de severas penalidades administrativas (via geral elevadas multas pecuniárias)¹⁰⁵, contra agentes que descumprirem os termos legais, conforme dispõe o capítulo III, do Título V (artigos 37 a 45), da Lei 12.529/11.

Entretanto, apesar deste diploma legal introduzir um política antitruste mais moderna e avançada em relação aos modelos anteriores, ainda mostra-se muito aquém do conceito de idealidade buscado no decorrer das eras, pois, o modelo atual deixa a desejar em muitos aspectos, como na excessiva necessidade burocrática, que ainda torna moroso o processo de apreciação do conselho, instado por um paradoxo eterno entre celeridade e segurança das relações jurídico.

Com tais modificações estruturais, nosso sistema de defesa contra atos nocivos a concorrência tornou-se mais dinâmico, subindo alguns degraus na corrida por uma maior aproximação a realidade econômica do país, em uma busca incessante de se atingir o modelo ideal de defesa econômica idealizado, na qual a defesa da concorrência ganha destaque, para que se possa alcançar tal cenário otimizado.

3.4 Breves Conclusões

Com o desenvolver deste capítulo, foi possível verificarmos que a um mercado econômico guarda inúmeras sistemáticas de alta complexidade, e que fenômenos comuns de uma sociedade em constante evolução podem influenciar a economia, tanto positiva quanto negativamente.

Com efeito, é nítida a necessidade de se construir um mercado equilibrado e de extrema consistência, capaz de resistir a acontecimentos

¹⁰⁵ Com isso, passou a não ser mais tão incomum notícias acerca de investigações e punições a práticas abusivas no mercado econômico, como os cartéis, a exemplo disso, citemos o caso do cartel rio-grandense de combustível, apurado pelo CADE no processo nº 08012.007149/2013-39, no qual as empresas envolvidas (e pessoas físicas que controlavam a parceria) foram multadas em valores milionários. Fonte: Portal CADE gov.

extraordinários, evitando que tais fatos possam vir à por em risco a ordem econômica e respectiva sociedade.

Viu-se que teorias sobre mercados equitativos vêm sendo formuladas há séculos, algumas até taxadas como radicais e impossíveis de serem alcançadas, como é o caso da teoria da concorrência perfeita, de um mercado concorrencial em que nenhuma das partes da relação de consumo teria força para manipular e ter vantagens sobre a outra.

Em que pese vislumbrar-se uma estrutura de mercado concorrencial perfeito, pode-se constatar que, de fato, convivemos em uma estrutura econômica imperfeita, abarrotada de práticas abusivas e desleais, até mesmo pelo paradoxo enfrentado pela sociedade do século XXI, que sobrepesa, em diversos ramos da ciência, a prioridade a ser buscada: alcançar o poder econômico ou a paz social?

. Podemos concluir que atualmente vivenciamos em uma economia repleta de práticas voltadas ao benefício de poucos as expensas da sociedade, comportamento este que implica em imperfeição do mercado como um todo.

E não foi só, existiu-se a oportunidade de constatar que, atualmente, existe um abismo que separa o modelo de mercado atual e aquele cujos estudos teóricos classificam como perfeito, deixando a maioria da comunidade econômica pessimista a respeito de um dia a sociedade mundial poder alcançar de fato um modelo econômico primoroso.

Da mesma forma, ficou nítido que, a humanidade como um todo não possui um plano traçado para evoluir a ponto de alcançar um mercado de concorrência perfeita, talvez pela falta de brilhantismo de seus governantes, ou mesmo por inviabilidade do trabalho comunitário.

Neste contexto, apenas podemos afirmar que, quanto mais prestigiar-se a livre concorrência, mais estável e qualitativo o mercado se revelará a todos os envolvidos na relação, equilibrando e consolidando a economia do mercado, tornando-o apto a prosperar.

Ainda, e por fim, foi possível vislumbrarmos que, na economia cotidianamente vivencia no presente, é imprescindível a intervenção jurídico-estatal, ainda naqueles Estados que, como o Brasil, tem como regra a livre iniciativa, livre concorrência e não intervenção do Estado, pois, se nos depararmos com a carência de políticas reguladoras da economia, estaria se pondo e risco a ordem e econômica e, conseqüentemente, a sociedade como um todo. Apesar de que, não obstante as inúmeras reviravoltas jurídicas do ordenamento nacional, ainda não conseguiu-se atingir um modelo ideal a realidade econômica, tanto para com o a economia interna quanto externa.

4 DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)

4.1 A Entidade e sua Natureza Jurídica

Neste capítulo passaremos a tratar, mais especificamente, do núcleo ao qual este trabalho se prestou a analisar, discorrendo sobre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e sua relevância no controle da concorrência do mercado econômico, em especial no que condiz aos efeitos dos atos concentracionistas, como forma de constituição e solidificação de uma economia de mercado realmente estável e com potencial de desenvolvimento.

Desde os esboços embrionários do CADE que hoje conhecemos, o que remonta-se ao ano de 1942 com a instituição da Comissão de Defesa Econômica pelo Decreto-Lei nº 4.408/42¹⁰⁶, tal órgão já possuía uma filosofia de atuação bem delineada, isto é, sua atuação na administração pública consistia, basicamente, na defesa repressiva contra atos que de qualquer sorte, pudesse gerar danos ao bem estar socioeconômico coletivo.

Esta filosofia de finalidade e atuação do órgão em comento não se alterou com as seguintes modificações jurídicas e administrativas por qual passara com a evolução do país, tanto do ponto de vista jurídico-social quanto econômico, recaindo as modificações de estrutura do CADE apenas em sua forma de atuar, nomenclatura, postura administrativa e jurídica¹⁰⁷, composição interna e poder de decisão, o que fez crescer sua importância na administração da economia pública brasileira, contribuindo para o crescimento econômico do mercado interno.

Mas, apesar de tantas vezes mencionado e discutido em trabalhos acadêmicos ou mesmo em rodas de profissionais dos ramos jurídicos, econômicos e conseqüências, qual é, de fato, a essência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE?

O CADE, na realidade, nada mais é do que uma autarquia federal, ente *longa manus* do poder executivo federal, com personalidade jurídica de direito público¹⁰⁸, sendo a principal figura componente do Sistema Brasileiro de Defesa da

¹⁰⁶ Embora sua primeira estruturação que realmente lembre sua formação atual tenha se dado com o advento da Lei nº 4.137/62, responsável, inclusive, por atribuir a entidade o nome que se conserva até o período atual, Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, *apud* - BULGARELLI, Waldirio. Concentração de Empresas e o Direito Antitruste, Ed. Atlas, 1996.

¹⁰⁷ Já que hoje o CADE é ente da administração pública indireta por outorga, corporificando-se juridicamente como Autarquia.

¹⁰⁸ O que significa dizer que não se trata de pessoa com direitos e deveres personalíssimos de direito privado, ao passo que sua personalidade jurídica é de direito público, sendo que, todo e

Concorrência (SBDC)¹⁰⁹, com atividades voltadas ao controle da ordem econômica nacional, atuando, tanto de forma preventiva, quanto repressiva, como um utensílio governamental necessário a aplicação das normas jurídicas e administrativas que regem o sistema econômico nacional.

Com efeito, é precisa a identificação de que o CADE é fruto da política compatriota de atuação administrativa descentralizada, compondo um restrito rol de entidades ligada à administração pública indireta que auxiliam o executivo federal em sua atuação governamental, formando uma cadeia dinâmica que rege as diretrizes da nação como um todo.

Neste sentido, leciona Ulhôa “A sua natureza é igual às dos atos emanados dos demais órgãos e entidades da administração pública”.¹¹⁰

Outrossim, com o novel diploma legal voltado a defesa da concorrência (Lei nº 12.529/11), de maneira ainda mais intensa, grande parte das atenções da comunidade brasileira com algum interesse jurídico-econômico voltaram-se para a reestruturação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, pois, conforme se verá, a forma de atuação do conselho passou a se desenvolver de maneira bastante peculiar.

Partindo das noções já pautadas, o CADE constitui-se como autarquia federal, conforme dispõe o artigo 4º, da lei nº 12.529/11, *in verbs*:

Art. 4º - O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia¹¹¹ federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei. (grifo do autor)

Com isso, o CADE, com sede na capital federal e jurisdição em todo o território nacional, torna-se, ainda mais, o destacado ente público com atribuição de defesa econômica, a quem incumbe apreciar vasta parcela das atividades desenvolvidas e pactuadas entre empresas e demais agentes econômicos que se enquadrem na tipologia trazida pela nova lei e que possam prejudicar de alguma forma a ordem econômica nacional.

qualquer dano que possa vir a ser causado por esta entidade será indiretamente arcado pela união federal, além de que, sua atuação, manutenção orçamentária, e poder de decisão, apesar de autônomos, derivam do poder administrativo concentrado no executivo federal.

¹⁰⁹ Que se completa com a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (artigo 3º, da Lei nº 12.529/11), além de contar com ações colaborativas de outras entidades governamentais em determinados casos.

¹¹⁰ COELHO, Fábio Ulhôa; obra: Direito Antitruste Brasileiro, Edra. Saraiva, 1995, p. 12.

¹¹¹ São conhecidos por autarquia as entidades estatais que consubstanciam a administração pública indireta por via de outorga legal, composta pelas pessoas que atuam a serviço do Estado, mas, com personalidade jurídica própria, ainda que de direito público. Fonte: Portal CADE gov.

Além disso, o mesmo dispositivo retro mencionado se refere ao conselho definindo-o com “entidade judicante” o que significa dizer que, apesar do CADE possuir competência para processar e julgar casos que, lícita ou ilicitamente, possa atentar contra a concorrência de mercado, vindo a gerar centralização econômica, prejudicando o mercado nacional, inclusive impondo sanções administrativas aos violadores das leis econômicas nos limites do território do país, este não possui natureza jurisdicional, o que implica em vários efeitos práticos, como limite material de suas atribuições e posição de atuação, que não necessita, por exemplo, de ser provocado a exercer suas funções.

Portanto, como o próprio nome faz-se pressupor, o conselho possui natureza jurídica administrativa e não judiciária, tendo vasta competência na apreciação de atos entre agentes econômicos, valendo-se, para tanto, de conhecimentos técnicos, contudo, possuindo certa limitação material a proferir decisões administrativas, devendo levar ao conhecimento das autoridades jurisdicionais qualquer situação que necessite de punição fora desses limites, não podendo, por exemplo, impor sanções que versem sobre matéria penal, pois, em nosso ordenamento jurídico, matéria criminal encontra-se no rol de direito abrangido pela chamada “cláusula de reserva jurisdicional”.

Aliás, muito em razão desta limitação jurídica material que se impõe ao CADE, é criticada a viabilidade prática da manutenção do conselho como entidade de aplicação da ordem jurídico-econômica nacional, tanto por alguns estudiosos como por profissionais atuantes da área, chegando alguns, como Calixto Salomão¹¹², a máxima de afirmar que, o CADE acaba por caracterizar um crivo administrativo pré-processual sem efetividade a resolução do caso *in concreto*, ao passo que, a última decisão caberá ao judiciário que, como se sabe, já possui vários crivos hierárquicos, o que acaba por tornar mais moroso à resolução de impasses desta natureza.

A despeito disso, cabe-nos, por ora, termos acentuado o entendimento de que o CADE é uma entidade autárquica ligada ao poder executivo federal, conglobando a administração pública indireta, portanto, não possui natureza judiciária, sendo sua atuação iminentemente técnica, responsável pela aplicação das normas de direito econômico e concorrencial *ex officio*, quer seja de maneira preventiva que seja em aspecto repressivo, de modo a zelar pelo bem estar da ordem econômica nacional.

4.2 Da Estrutura Interna do CADE

¹¹² FILHO, Calixto Salomão; Direito Concorrencial. Ed. Malheiros, 1998.

O diploma legal nº 12.529/11 alterou em muito a estrutura do conselho em relação ao que era com a vigência da Lei nº 8.884/94, criando meios de atuação interna mais dinâmicos com o objetivo de tornar mais prática a atuação do CADE.

Com a nova organização, o CADE passou então a vigorar com uma estrutura interna tripartida, compondo-se, nos termos do artigo 5º, incisos I, II e III, da lei atual, pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência Geral e Departamento de Estudos Econômicos.

Com esta subdivisão interna o CADE viu concentrar em si várias competências que na lei anterior subdividia e dependia de departamentos esparsos, o que lhe atribui um maior dinamismo de atuação, passando a ser chamado por alguns de “superCADE”, em referência a concentração de mecanismo aos quais o conselho passou a dispor.

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica veio como uma inovação em relação à antiga assembleia plenária do CADE, prevista no artigo 4º da antiga Lei nº 8.884/94, compondo-se pelo mesmo número de integrantes previsto no modelo anterior, isto é, um presidente e seis conselheiros, sendo o departamento específico do CADE a quem é atribuído natureza judicante, conforme artigo 6º, da lei nº 12.529/11, *ipsis literis*:

Art. 6º - O Tribunal Administrativo, órgão judicante, tem como membros um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal. (grifo do autor)

Como auto explica o texto legal, os integrantes do tribunal serão necessariamente escolhidos pelo chefe do executivo federal em exercício, dentre cidadãos que reúnam alguns pressupostos, como, notório saber jurídico ou econômico, reputação ilibada e idade superior a trinta anos¹¹³. Os escolhidos para integrarem o tribunal administrativo deverão ser aprovados após sabatina realizada no Senado Federal e exercerão mandato de quatro anos, sem a possibilidade de recondução, conforme explana o parágrafo 1º, do mesmo artigo retro mencionado.

A competência do tribunal vem elencada no artigo 9º, inciso I ao XIX, da lei antitruste em vigor, dentre as quais se destacam atribuições como “decidir sobre a existência de infração a ordem econômica” (inciso II, Lei nº 12.529/11), e “ordenar providências que conduzam a cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar” (inciso IV, da lei em comento).

¹¹³ Outra alteração trazida pela nova lei em relação aos integrantes do tribunal é a ausência de idade limite para exercício do cargo de presidente e conselheiro do plenário, pois, no diploma anterior, os integrantes da assembleia plenária necessariamente deveriam ter idade superior a trinta e inferior a sessenta e cinco anos (art. 4º, da lei nº 8.884/12), limite este que inexiste na lei atual.

Vale mencionar que, apesar da nomenclatura utilizada para referir-se a este departamento, o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, na qualidade de subdivisão da estrutura do conselho, possui natureza administrativa, não devendo, em hipótese alguma, ser confundido como integrante da estrutura jurisdicional pátria.

Outro ponto que merece ser salientado é que, o CADE consubstancia-se como entidade administrativa sem duplo grau, o que significa dizer que o parecer ou condenação aplicada pelo tribunal do conselho não estará sujeito à revisão administrativa, sendo que, uma vez publicada a decisão do tribunal, esta faz “coisa julgada” administrativa e tem aplicabilidade de forma imediata, exequível, inclusive, judicialmente em caso de recusa de seu cumprimento.

Doutra banda, temos a Superintendência Geral do conselho, com atuação que, de certa forma, suplementa o desempenho do tribunal administrativo, dando-lhe elementos para a regulação de operações formais ou informais que possam atentar de alguma forma contra a concorrência e a ordem econômica.

A superintendência será composta por três integrantes, sendo um superintendente geral titular e dois superintendentes adjuntos, nos termos do que preceitua o artigo 12, da Lei nº 12.529/11, *verbs*: “Art. 12. - O Cade terá em sua estrutura uma Superintendência-Geral, com 1 (um) Superintendente-Geral e 2 (dois) Superintendentes-Adjuntos, cujas atribuições específicas serão definidas em Resolução.”

Note que, a parte final do dispositivo traz expresso que as atribuições específicas da superintendência, previstas no artigo 14 da lei antitruste, serão definidas em resolução, contudo, não há até o momento notícias de existência de tal ato administrativo, ficando a forma do exercício das atribuições da superintendência previstas em lei, a cargo do que prevê o regimento interno do CADE, que regula as atividades na superintendência em seu artigo 24, inciso I ao XXII.

Ademais, a competência da Superintendência Geral vem elencada no artigo 13, inciso I ao XVIII, da Lei nº 12.529/11, das quais se destacam o dever de investigação de supostos atos contrários à ordem econômica¹¹⁴, a atuação instrutória e como *custus legis* nos processos julgados pelo tribunal administrativo do conselho e certa função consultiva pré-operações concentracionistas.

Com isso, é perceptível que a superintendência do conselho concentra algumas atribuições típicas do Ministério Público como fiscal da lei em nosso ordenamento, possuindo (a superintendência) uma espécie de ação fiscalizadora da aplicação da lei econômica, apurando condutas dos agentes

¹¹⁴ Sobre a atribuição investigativa da superintendência, narra o artigo 66 da lei antitruste: Art. 66. O inquérito administrativo, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurado pela Superintendência-Geral para apuração de infrações à ordem econômica.

econômicos em geral, investigando possíveis concentrações capazes de ensejar dominação abusiva de poder econômico, celebrando acordos para cessação ou adequação de tais atividades e, se o caso, levar tais circunstâncias ao conhecimento do tribunal para que apliquem-se as sanções cabíveis.

Além disso, pode-se afirmar que a superintendência geral nos moldes atuais herdou algumas atribuições que antes eram conferidas a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (previstas no artigo 13 da Lei nº 8.884/94), hoje excluída do rol de entes que congregam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sendo extinta e tendo suas atribuições incorporadas pelo conselho.

Em suma, tendo em vista a vinculação do CADE ao Ministério da Justiça (artigo 4º, da lei antitruste em vigor), foi dado poderes ao conselho, distribuído à Superintendência Geral, que tornam mais práticas a fiscalização de condutas e operações que possam deturbar a concorrência no mercado nacional.

Por fim, complementa a tripartição do Conselho Administrativo de Defesa Econômica o Departamento de Estudos Econômicos – DEE.

Referido departamento, é dirigido por uma chefia geral, cargo este que necessariamente deverá ser ocupado por uma pessoa de nacionalidade brasileira, detentor de uma reputação ilibada e exponencial conhecimento econômico, que será escolhido de maneira conjunta pelo Superintendente Geral e pelo Presidente do Tribunal Administrativo, nos termos do que dispõe o artigo 17 e 18, da lei nº 12,529/11, *in verbs*:

Art. 17. O Cade terá um Departamento de Estudos Econômicos, dirigido por um Economista-Chefe, a quem incumbirá elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão.

Art. 18. O Economista-Chefe será nomeado, conjuntamente, pelo Superintendente-Geral e pelo Presidente do Tribunal, dentre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento econômico.

A competência deste departamento, também explanada no *caput* do mencionado artigo 17, resume-se à realização de estudos técnicos acerca das circunstâncias que de alguma forma envolva a ordem econômica nacional, por exemplo, no caso de uma concentração entre empresas, caberá ao Departamento de Estudos Econômicos analisar previamente a viabilidade e os possíveis efeitos da operação, propugnando, ao final, pela recomendação ou não do ato concentracionista.

A emissão de parecer técnico pelo departamento de estudos é regulamentada pela resolução do conselho nº 4, de maio de 2012, que classifica tal ato como:

Os pareceres técnicos têm objetivos variados e, em geral, visam esclarecer, discutir e/ou aprofundar temas relacionados a uma conduta ou ato de concentração. Os pareceres refletem as peculiaridades da área de conhecimento, enfoques metodológicos, técnicas utilizadas, discutem aspectos teóricos e empíricos ou são informativos de acontecimentos relacionados a um caso. Os resultados e conclusões geradas pelos pareceres técnicos constituem o que será denominado de *evidência*.¹¹⁵

Com isso, mostra-se perspicaz a conclusão de que referido departamento integra uma das finalidades mais contundentes do CADE, pois, o conselho tem suas atenções voltadas ao controle de condutas nocivas a ordem econômica, sendo assim, a atuação do departamento em comento é o que possibilita certificar se determinada operação merece ou não a atenção da autarquia federal e qual sua intensidade, permitindo uma atuação efetiva nos atos que de fato possam desestabilizar o núcleo da economia do país.

Apesar da proeminente importância do departamento de estudos, pela forma com que a lei antitruste o regulamenta, faz-se transparecer a existência de um grau inferior de autonomia entre o Departamento de Estudos Econômicos e os demais setores que, juntos, compõe a atuação do CADE.

Esta circunstância pode ser extraída, num primeiro momento, pela forma com a qual é escolhido o Economista-Chefe, que diferentemente do Presidente do Tribunal e do Superintendente Geral, que são escolhidos pelo chefe do executivo federal em exercício e sabatinados pelo Senado Federal, o chefe do departamento de estudos é escolhido pelos dois últimos (Presidente do Tribunal e Superintendente Geral) por uma espécie de indicação conjunta. Então, por uma questão política, este departamento tente a atuar com certa submissão aos demais setores.

Da mesma forma, o cargo de Economista-Chefe se perpetra como um cargo comissionado, ao passo que, não há na lei a consagração de um mandato pré-estabelecido (como ocorre com os outros setores), sendo que, a troca da presidência do Tribunal Administrativo e da Superintendência Geral poderá significar a substituição da chefia do Departamento de Estudos Econômicos, o que só faz aumentar a preocupação do departamento em seguir o norte apontado pela outras repartições.

Outrossim, o departamento de estudos econômicos tem suas bases orçamentária e de gestão organizacional ligadas ao tribunal do CADE, conforme

¹¹⁵ CADE, Resolução nº 4 de 29 de maio de 2012, Fonte: Portal CADE gov.

dispõe o parágrafo 2º do artigo 21, da Lei nº 12.529/11, outro ponto que escancara uma posição submissa do departamento.

Contudo, apesar do que dispõe o *caput* do artigo 21 da lei antitruste, que determina o dever do Presidente do Tribunal do CADE de orientar e fiscalizar as atividades administrativas do conselho, é importante não confundir menor autonomia com submissão hierárquica, pois, o Departamento de Estudos Econômicos não responde necessariamente em uma posição hierarquicamente inferior ao Tribunal Administrativo ou a Superintendência Geral, possuindo autonomia para agir *ex officio* (artigo 17), ou por solicitação dos outros setores¹¹⁶, além disso, o próprio artigo 21, da Lei nº 12.529/11 termina narrando “respeitadas as atribuições dos dirigentes dos demais órgãos previstos no art. 5º desta Lei”¹¹⁷, *ipsis literis*:

Art. 21. Compete ao Presidente do Tribunal orientar, coordenar e supervisionar as atividades administrativas do Cade, respeitadas as atribuições dos dirigentes dos demais órgãos previstos no art. 5º desta Lei. (grifo do autor)

Portando, não é nenhum absurdo afirmar que este departamento possui uma atuação acessória aos demais setores que compõe o CADE, o que em nenhum momento faz diminuir sua importância para atuação prática do conselho, à medida que, passa pelo departamento de estudos a conotação técnica responsável por articular o efetivo desempenho das atividades do CADE.

Com efeito, esta é a tripartição interna do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, trazida pela nova Lei nº 12.529/11, com a explícita tentativa de criar-se um mecanismo de atuação do conselho capaz de atender mais dinamicamente a demanda de fenômenos que influenciam a ordem econômica pátria, capacitando-o, *in teshi*, para velar pelo bem estar sócio econômico coletivo.

¹¹⁶ Atentemo-nos neste ponto para o fato de que, a lei antitruste exprime o vocábulo “solicitação” que leva ao entendimento de atuação cooperativa entre o departamento de estudos econômicos e os demais setores, entretanto, errôneo se mostra o entendimento de que tal solicitação implica, na verdade, em uma ordem, o que somente seria plausível caso a lei assim ordenasse de maneira expressa, fato este que respalda a inexistência de hierarquia entre os departamentos.

¹¹⁷ BRASIL, citação extraída do texto de lei nº 12.529/11, “lei antitruste”.

4.3 Das Atribuições de Alçada do CADE

Passando a tratar das ações específicas que competem ao CADE, devemos ter em mente que, de maneira *sui generis* como referencia administrativa de defesa econômica, é dever institucional do CADE atentar-se para toda e qualquer conduta que possa desestabilizar a ordem econômica nacional¹¹⁸, mas, devemos detalhar qual a forma, abrangência e efeitos práticos da atuação do conselho.

Apesar das generalidades de condutas que possam ser contrárias ao sistema econômico público, as quais merecerão alguma atenção do CADE a depender das circunstâncias, é cediço de se afirmar que, o enfoque de atuação do conselho volta-se as operações, legítimas ou ilegítimas, que venham a gerar centralização econômica, conforme se extrai do que dispõe o artigo 88, da Lei 12.529/11, *in verbs*:

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

A abrangência desta competência do CADE de analisar atos que tenham potencial para centralizar poder econômico, nos termos da lei, revela-se a mais extensiva possível, podendo ser de caráter preventivo ou repressivo, em operações formais ou informais, e em organização ou reorganização interna ou externa das entidades econômicas.

A atuação preventiva do conselho contra atos de centralização econômica se consubstancia conforme prevê a primeira parte do parágrafo 3º do artigo 88, que determina que nenhuma operação que se enquadre no perfil de submissão ao CADE poderá se concretizar sem a aprovação prévia do conselho, sendo, portanto, uma medida anterior à realização da operação, que será recomendada ou não pelo conselho com base em prognósticos técnicos.

¹¹⁸ Via geral as infrações previstas no rol do artigo 36 da lei 12.529/11, além de outras que possam implicar algum dano a ordem econômica.

Outra medida de competência do conselho que também pode ser caracterizada como preventiva a atos nocivos a ordem econômica, conforme visão de Nusdeo¹¹⁹ que ainda se aplica nos dias atuais, é o dever de conscientização social a ser desenvolvido pelo CADE, sendo esta uma forma de proliferar a noção da importância de um mercado econômico equilibrado, estimulando, por exemplo, o cidadão a rebelar-se contra atos abusivos, levando ao conhecimento do conselho para que se tome as providências cabíveis.

Por seu turno, a competência repressiva do CADE consiste na apuração de atos já realizados que venham a implicar algum efeito negativo a ordem econômica, podendo o conselho, se o caso, aplicar sanções administrativas aos agentes responsáveis pela conduta nociva, conforme estabelece o artigo 9º, incisos II, III e IV, da Lei 12.529/11, *verbs*:

Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;

III - decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral;

IV - ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar;

Vale ressaltar que, a atuação repressiva do conselho não se resume apenas a operação formalmente celebradas sob égide legal, podendo (devendo) atingir situações realizadas a margem da lei, o que quase sempre repousa na seara da informalidade.

É o caso, por exemplo, da investigação, julgamento e eventual condenação administrativa da prática de formação de cartéis¹²⁰, o que vem ocorrendo com maior frequência nos últimos anos de atuação do conselho, como a recente condenação das empresas panificadoras no Distrito Federal e aplicação de multas milionárias¹²¹.

¹¹⁹ NUSDEO, Fábio. Curso de Economia, Ed. 3, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, pág. 294.

¹²⁰ O cartel, com breve menção anterior, tem sido uma prática recorrente entre agentes que atuam em um mesmo mercado, à medida que mostra ser uma forma efetiva de elevar os lucros de maneira considerável em detrimento do consumidor, por esta situação a prática conhecida como cartel, que agrega algumas características peculiares como pacto bilateral ou comunitário, informal, celebrado entre concorrentes atuantes de um mesmo mercado e com a finalidade de acréscimo uniforme e abusivo de valores de produtos ou serviços oferecidos no mercado, é tipificado como crime econômico pelo artigo 4º, inciso II, alínea “c”, da lei nº 8.137/90, com redação atribuída pela lei 12.529/11 (também artigo 36, parágrafo 3º, inciso I, alínea “a” da lei antitruste em vigor).

¹²¹ Fonte: Portal de notícias CADE gov.

Importa salientar ainda que, em casos onde a ofensa à ordem econômica, que receba ação repressiva administrativa do CADE, também implicar em conduta tipificada como crime econômico, as investigações realizadas pelo conselho poderá ser utilizadas como meio de prova em ações penais desencadeadas, envolvendo as pessoas físicas responsáveis por gerir as empresas que incorrerem em crime contra a economia nacional¹²².

Ademais, os mecanismos dos quais dispõe o CADE para realização de suas atribuições com efetividade prática são bastante variados, em uma relação complexa de meios para análise técnicas, investigações, procedimentos ordinários e métodos coercitivos de natureza administrativa, de modo a fazer valer suas decisões.

No que tange a atuação preventiva do conselho, esta se realiza, basicamente, por meio de procedimento administrativo voltado a análise de atos concentracionistas, nos termos do artigo 48, inciso IV, da Lei 12.529/11. Neste processo verificar-se-á previamente a viabilidade da operação pretendida, bem como as circunstâncias que a motiva e a influencia na concorrência de mercado, culminando com a aprovação ou reprovação do ato pelo conselho, que será determinante as pretensões do ato de concentração.

Por outro lado, a atuação repressiva do CADE, o que pressupõe um ato ofensivo à ordem econômica já existente, se dará, conforme artigo 48, incisos I, II, III e V, das seguintes maneiras:

Art. 48 (...), I - procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; II - inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; III - processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; V - procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica;

Encerrados tais procedimentos, em escala crescente, culminando com a condenação do agente infrator, o conselho poderá lançar mão de inúmeros métodos para punir a entidade condenada, utilizando, para determinar o grau da penalidade, os elementos previstos no artigo 45, inciso I ao VIII, da lei 12.529, *in verbs*:

Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração: I - a gravidade da infração; II - a boa-fé do infrator; III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV - a consumação ou não da infração; V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à

¹²² Neste caso em especial, a competência para levar a juízo o infrator não é do CADE, mas sim do Ministério Público, que seria noticiado pelo conselho para, se o caso, oferecer denúncia da conduta criminosa contra os agentes infratores.

economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; VII - a situação econômica do infrator; e VIII - a reincidência.

Com base nesses elementos, o CADE determinará a pena a ser aplicada, sendo a multa pecuniária (artigo 37, inciso I ao III, parágrafos 1º e 2º, lei antitruste) o método mais utilizado pelo ente, podendo ainda, por exemplo, versar a sanção sobre divulgação da ação abusiva (artigo 38, inciso I), proibição de celebração de contratos com empresas influenciadas no todo ou em parte do poder público (artigo 38, inciso II), proibição de exercer atividade comercial por até cinco anos (artigo 38, inciso V), dentre outras medidas.

Além disso, se a conduta abusiva causar danos efetivos e contabilizáveis à coletividade, a uma pessoa específica ou grupo de pessoas determinável, além de multa e outras implicações administrativas para o exercício da atividade comercial, poderá o caso ser levado a juízo para reparação civil, sendo aproveitado o julgamento administrativo do CADE como substrato comprobatório, conforme artigo 47, da Lei nº 12.529/11¹²³.

Da mesma forma, a punição administrativa aplicada pelo conselho ao agente infrator, em havendo recusa total ou parcial no cumprimento pelo condenado, poderá o CADE, por meio de sua procuradoria vinculada, executar judicialmente a decisão, conforme estabelece o artigo 81, da lei antitruste, *ipsis literis*:

Art. 81. Descumprida a decisão, no todo ou em parte, será o fato comunicado ao Presidente do Tribunal, que determinará à Procuradoria Federal junto ao Cade que providencie sua execução judicial.

Outrossim, sem embargos a efetividade que tais métodos apenatórios conferem as decisões do CADE, há ainda outro meio bastante utilizado pelo conselho, que talvez mostre-se mais célere e com maior indicie de resolução dos casos de abuso de poder econômico, do que uma condenação administrativa, trata-se da celebração do chamado “Termo de Compromisso de Cessação”

O TCC, como é conhecido, consiste em uma espécie de transação, onde um pacto é celebrado pelos agentes econômicos suspeitos de praticar atos nocivos ao sistema econômico nacional e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, onde a entidade se compromete a abster-se do exercício da conduta abusiva e pagar uma multa, em troca do encerramento dos tramites processuais no tribunal administrativo, acabando por beneficiar todas as partes da relação.

¹²³ Referido dispositivo faz menção a competência para ajuizar a ação de reparação de danos, remetendo, no caso de reparação coletiva, ao que dispõe o artigo 82, do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, que prevê em seus incisos I ao IV, entes que, concorrentemente, podem atuar em juízo em prol da coletividade consumerista.

Ademais, quanto às operações de organização interna e externa de entidades atuantes no mercado interno, que possam de alguma forma levar à concentração econômica, nos termos do artigo 90 da lei antitruste, compete ao CADE analisar:

Art. 90. - Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Chama atenção o inciso IV do dispositivo em escopo, que determina a necessidade de apreciação previa do conselho em casos de contrato de *joint venture* e consórcio entre empresas que, como vimos, não se tratam de concentração empresarial, mas sim um modelo de cooperação temporária entre entidades, contudo, tendo em vista que o artigo 88 da lei usa a expressão “concentração econômica” se referindo claramente a atos que podem levar a centralização de poder econômico, neste insere-se os modelos colaborativos citados, justificando a necessidade de apreciação previa do CADE.

Por fim, cumpre salientar que, mesmo com o advento do novo diploma antitruste, subsiste no campo doutrinário a discussão eterna acerca da natureza da atuação do conselho, havendo impasse se esta seria um ato vinculado ou fruto de poder discricionário, inclusive no que se refere à possibilidade de celebração do termo de compromisso ao invés de aplicação de pena, mérito este que não será debatido neste estudo por não se incluir no enfoque proposto.

Esta, portanto, são as competências e forma de atuação do CADE enquanto entidade integrante da administração pública no cenário nacional, competências estas que foram amplificadas com a nova lei, além de criar-se um mecanismo mais dinâmico que, somada a nova divisão interna, conferiu ao conselho a alcunha de “superCADE”.

4.4 Da Procuradoria Federal Vinculada ao Conselho

A procuradoria federal do CADE é um órgão ligado juridicamente a Advocacia Geral da União, tendo suas bases legais explanadas na lei orgânica da

AGU, LC 73/93, e no título II, seção IV, da Lei nº 12.529/11, sendo comandada por um Procurador Chefe, que será nomeado pelo chefe do executivo federal para mandato de dois anos permitindo uma única prorrogação do mandato por igual período, escolhido entre pessoas com idade superior a trinta anos de idade, reputação ilibada e expoente conhecimentos jurídico, após sabatina do Senado Federal, conforme artigo 15, 16 e parágrafo 1º, da lei antitruste, *in verbs*:

Art. 15. Funcionará junto ao Cade Procuradoria Federal Especializada, competindo-lhe:

Art. 16. O Procurador-Chefe será nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovado pelo Senado Federal, dentre cidadãos brasileiros com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório conhecimento jurídico e reputação ilibada.

§ 1º - O Procurador-Chefe terá mandato de 2 (dois) anos, permitida sua recondução para um único período.

A origem da procuradoria do conselho administrativo remonta ao diploma legal nº 4.137/62, que primeiramente a instituiu em seu artigo nº 16, entretanto, somente com as evoluções na defesa econômica nacional, a descentralização do conselho e os avanços legislativos na área, foi que a procuradoria ganhou visibilidade, sendo cada vez mais efetiva sua atuação nos processos ligados ao CADE.

No que refere-se à competência desta procuradoria, conhecida informalmente como ProCADE, esta vem elencada no artigo 15, inciso I ao IX da lei antitruste, dentre as quais se destaca o dever de prestar consultoria e assessoramento jurídico ao CADE (inciso I), representar o CADE judicial e extrajudicialmente (inciso II) e promover a execução judicial das decisões e julgados do CADE (inciso III).

Portanto, em um hipotético caso em que haja necessidade de execução judicial de uma condenação administrativa do conselho, a tarefa ficaria a cargo da procuradoria especializada do CADE que, por meio de seus procuradores investidos, deverá ajuizar e acompanhar todo o processo executivo.

Além disso, também compete à procuradoria do CADE inscrever o crédito do conselho, oriundo de condenação administrativa ou não, em dívida ativa para execução judicial conforme artigo 15, inciso IV, que será cobrado pelo rito do processo de execução fiscal, regulamentado pela Lei nº 6.830/80, também sob acompanhamento da procuradoria.

Não suficiente, a ProCADE também exerce uma função consultiva técnica ao tribunal administrativo e a superintendência geral sempre que solicitado, em situação semelhante ao dever atribuído ao Departamento de Estudos Econômicos, como de dar pareceres de cunho jurídicos nos processos internos do

conselho, nos termos do que dispõe o inciso VII, do artigo 15, da Lei 12.529/11, *verbs*:

Art. 15. (...). VII - emitir, sempre que solicitado expressamente por Conselheiro ou pelo Superintendente-Geral, parecer nos processos de competência do Cade, sem que tal determinação implique a suspensão do prazo de análise ou prejuízo à tramitação normal do processo;

Ademais, outra competência perspicaz da procuradoria do CADE é a de atuar na fiscalização da aplicação da Lei 12.529/11, como forma se assegurar o bem estar socioeconômico coletivo, conforme preceitua o inciso VIII, do artigo 15, da lei antitruste.

Esta disposição, contudo, gerou grandes discussões entre profissionais do ramo, pois, muitos entendiam haver um conflito de atribuição da ProCADE com o *parquet* federal, à medida que, é competência constitucionalmente prevista do Ministério Público atuar na defesa da coletividade sendo fiscal da lei, atuando judicial e extrajudicialmente na defesa dos direitos difusos e coletivos.

Com isso, muito se confundiu que, pela atuação da procuradoria do CADE na defesa coletiva como fiscal da lei de defesa da concorrência confundia-se com a do Ministério Público, o que, na realidade, não ocorre.

O que tem há se diferir é que, conforme visão de Bagnoli¹²⁴, a procuradoria do conselho atua nos processos que o envolve direta ou indiretamente, seja na esfera judicial ou administrativa, de modo a assegurar aplicação da lei de defesa anticoncorrencial, o que embora prestigie a coletividade, esta ligada à defesa da administração pública.

Por outro lado, as atribuições do Ministério Público são bem mais abrangentes, cabendo a este órgão atuar de maneira irrestrita na defesa da ordem legal, na qual também se inclui a ordem econômica, contudo, sua atuação é autônoma em relação a qualquer outra das funções estatais, o que lhe permite atuar livremente na defesa coletiva, cabendo ao órgão, quando informado pela procuradoria, promover ação penal por crime econômico descoberto por investigação do conselho, ou, por meio de ação civil pública buscar a tutela judicial da ordem econômica.

Com isso, conclui-se que, a procuradoria do CADE é mais um órgão que trabalha em seu assessoramento, mais incisivamente no que se refere às questões judiciais, devendo defender os interesses do conselho e, conseqüentemente, da ordem econômica nacional.

¹²⁴ BAGNOLI, Vicente, obra: Direito da Concorrência. Edra. São Paulo, 2005.

4.5 A Possibilidade de Reexame Jurisdicional dos Atos Administrativos do CADE

Apesar de toda autonomia que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica possa agregar, não podemos nos esquecer que sua atuação repousa na seara administrativa, assim, tendo em vista que por uma questão de opção política constitucional¹²⁵, no Brasil, em caso de conflito de interesses, a “última palavra” sempre competirá ao judiciário, as decisões administrativas do CADE também estão sujeitas a reanálise jurisdicional.

Na visão de Canotilho¹²⁶, nosso sistema constitucional atribuiu ao judiciário a característica de núcleo controlador repressivo das ações subjetivas desenvolvidas em território nacional, cabendo a ele, e somente a ele, exercer um juízo de valores amplo e determinado na aplicação da lei, de modo a instituir a pacificação social efetiva e livre de proteção deficiente, daí a clausula de reserva jurisdicional, como “pilares” do princípio do Estado Democrático de Direito.

Neste meio, é inegável que se insere os atos do poder público, até mesmo por uma questão jurídico-social, em que a história remota, vivenciada em um estado absolutista, demonstrou que, para resguardar direitos fundamentais, um mecanismo limitador da influencia do Estado na vida privada mostra-se essencial, devendo agir da maneira mais abrangente e eficaz possível, papel este que, no ordenamento jurídico nacional, característico do Estado liberal, cabe ao poder judiciário.

Portando, os atos da administração, via geral, são passíveis de reanálise jurisdicional, sem que isso configure uma intervenção na independência da administração, estando esta abrangida pelo “manto” do controle jurisdicional em toda sua atuação no território do país, até mesmo no que se refere aos atos da atuação do conselho, embora, para tanto, haja necessidade de provocação do interessado.

Por outro vértice, com os avanços econômicos que o mercado brasileiro sofreu nos últimos anos, cada vez mais observa-se uma atuação efetiva do conselho, tanto com decisões carregadas de sanções pesadas aos considerados infratores da ordem econômica, como disposições um tanto quanto subjetivas no que se refere as potenciais concentrações empresariais, o que eleva a possibilidade de decisões imprecisas do CADE, podendo, eventualmente, influir

¹²⁵ A exemplo disso, o próprio artigo 2º da Constituição da República de 1988, consolida a tripartição dos poderes da união, adotando a teoria do “Check and Balances” (em tradução livre “freios e contrapesos”) em que compete a cada um dos poderes atuar não só em suas funções típicas, mas também, realizar um controle externo dos demais poderes, formando uma cadeia harmônica de equilíbrio das funções do Estado.

¹²⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Ed. Almedina, 2003.

negativamente na esfera de direito privado, seja no que se refere diretamente aos envolvidos nas operações, seja na esfera de direitos do sujeito passivo universal, isto é, a coletividade.

Partindo disso, reforça a possibilidade de revisão, pelo judiciário, das decisões do CADE, o princípio constitucional da indeclinabilidade da jurisdição, consolidado no artigo 5º, inciso XXV, da Constituição Cidadã, que traz a premissa de dever do judiciário em intervir, quando acionado, em qualquer ato que possa causar lesão ou ameaça de lesão ao direito de qualquer sujeito com personalidade jurídica no território do país.

Ora, se o judiciário não pode esquivar-se de julgar nenhum caso, sendo o guardião da ordem constitucional, e tendo o dever de proteger qualquer agente de lesão injusta a um direito, seria incoerência falarmos que, em se deparando com um caso onde o cidadão tenha sido penalizado pelo conselho por suposta infração que julgue ser injusta, ficando tais circunstâncias comprovadas em juízo, não poderia o judiciário anular o ato administrativo ou mesmo dar-lhe conotação diversa, ainda que consideremos o aspecto técnico do CADE na matéria de sua competência.

Ato contínuo, como se não bastasse os princípios constitucionais supra elencados que sustentam a atuação do judiciário nos atos definitivos emanados do conselho, há ainda a questão do direito fundamental ao reexame em duplo grau das decisões tomadas pelas autoridades públicas, que de qualquer modo possam afetar direitos individuais ou coletivos.

Tal princípio vem consolidado implicitamente¹²⁷, conforme visão de Canotilho¹²⁸, nos incisos LIV e LV, do artigo 5º, da Constituição Federal, que narra:

Art. 5º (...), inciso LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (grifo do autor)

Inciso LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (grifo do autor)

Com isso, o duplo grau de jurisdição alcança índole de direito fundamental, o que para Comte¹²⁹, vai além da mera revisão para mitigação de

¹²⁷ A despeito disso, parte da doutrina discorda deste posicionamento de que o duplo grau de jurisdição venha elencado nos dispositivos constitucionais consolidadores do devido processo legal e da ampla defesa, argumentando que tal princípio advém da própria estrutura constitucional sobre a qual foi articulado o judiciário. Mas, inobstante a discussão inerente a formal natureza constitucional deste preceito, hoje é pacífico a abrangência do ordenamento jurídico pátrio em relação a esta garantia, haja vista a internação do “Pacto de São José da Costa Rica” em nosso direito, que prevê expressamente o duplo grau como garantia fundamental.

¹²⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Ed. Almedina, 2003, pág. 89.

erros da decisão, possuindo, na realidade, um dogma axiomático de conformação social, sendo capaz de acomodar a relutância do desfavorecido e fazer com que este admita não estar com a razão, permitindo que sua esfera de direito seja atingida mesmo contra sua vontade.

Tendo isto em mente, cumpre considerarmos que, conforme mencionado nos tópicos anteriores, não há, na esfera administrativa, possibilidade de reanálise das decisões do CADE, conforme expressamente estabelece o parágrafo 2º, do artigo 9º, da lei antitruste, *in verbs*:

Art. 9º (...), Parágrafo 2º. As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.

Portanto, uma vez proferida a decisão definitiva do conselho, esta imediatamente torna-se indiscutível no âmbito administrativo, o que de certa forma violaria o direito fundamental ao reexame em duplo grau do caso.

Diante disso, a “válvula de escape” para o desfavorecido da decisão do CADE, que muitas vezes pode significar sua ruína, é socorrer-se da tutela jurisdicional como possibilidade de revisão do caso apreciado no âmbito administrativo, ainda que do ponto de vista técnico o poder judiciário não se sobressaia frente ao conselho.

Com efeito, seria totalmente contrario ao Estado de direito conferir caráter irrestrito as decisões do CADE, ente integrante da administração indireta, sendo certo que, seus atos estão sujeitos a reanálise judicial, à medida que, sua atuação limita-se a aplicação da lei por iniciativa própria valendo-se de conteúdos basicamente técnicos, o que, muitas vezes, pode não refletir a complexidade social do caso *in concreto*, fazendo surgir o dever do judiciário, uma vez provocado, de atuar na defesa da ordem constitucional.

Consoante, malgrado vislumbrarmos a necessidade de controle jurisdicional da atuação do conselho, em hipótese alguma podemos nos referir ao judiciário como uma espécie de órgão reexaminador automático das decisões do CADE, pois, tal situação seria inimaginável do ponto de vista prático, isto em razão de uma série de fatores jurídicos e político, que vão desde a inexistência de relação vertical entre o conselho e o órgão jurisdicional, até uma questão de limitação a usurpação de funções, afinal, a revisão jurisdicional automática desvirtuaria por completo a razão de existência do conselho.

Sendo assim, partindo da certeza da possibilidade de controle judicial nas decisões do conselho administrativo, resta delinear em que hipóteses poderia

¹²⁹ COMTE, Augusto; obra: Opúsculo de Filosofia Social, Edra. Globo, 1972, p. 55.

haver interferência judicial nas deliberações do CADE, pois, o que se vê na atualidade é uma enxurrada de ações com esta temática desaguando no judiciário para reanálise dos casos de medidas desfavoráveis aplicadas pelo conselho.

Afinal, qual seria o limite para ajuizamento de ações visando à reversão pelo judiciário das sanções ou impedimentos impostos pelo CADE, entidade que supera em técnica na matéria o próprio ente jurisdicional?

Este ainda é um paradigma problemático pelo qual o sistema judiciário nacional ainda não conseguiu superar, o que não limita-se apenas reapreciação de atos administrativos do conselho, devendo ser utilizado como filtro para inibir os ajuizamentos infundados, conforme entendeu o ex-ministro do excelso Eros Roberto Grau¹³⁰, o que dispõe o Código de Processo Civil acerca das demandas e recursos com propósito meramente protelatórios ou com o propósito de abuso de direito de defesa, devendo o juiz rejeitar de pleno as ações assim identificadas.

4.6 O Real Papel do CADE no Controle da Concorrência como Forma de Manutenção da Ordem Econômica

Pois bem, com o longo desenrolar deste estudo até aqui, mostrou-se perceptível que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica ocupa um lugar de destaque dentre as entidades da administração pública, sendo o principal responsável por um controle técnico da economia de mercado no país.

Entretanto, afora o clichê *sui generis* utilizado para designar a atuação desta nobre entidade pública como “ente responsável pelo controle econômico”, qual a verdadeira essência sócio-coletiva do CADE, capaz de lhe conferir a qualidade de instituto indispensável à regularidade da ordem econômica no cenário nacional?

O CADE, inegavelmente, tem por escopo aplicar uma política econômica despendida da lei e da constituição visando atingir um estado de justiça social há muito idealizado, com uma filosofia baseada em um mercado equitativo de livre desempenho comercial, controlado pelo aspecto natural da concorrência, sustentando o que formaria uma ordem econômica sólida e em franco desenvolvimento.

Neste panorama, os valores técnicos agregados pelo conselho na construção de um sistema econômico que privilegia a noção de crescimento coletivo, possuem uma importância impar para o desenvolvimento da nação, pois,

¹³⁰ GRAU, Eros Roberto, O Direito Posto e o Direito Pressuposto. Ed. Malheiros, 2005, pág. 96/97.

no sistema capitalista atual, à medida que o mercado se abre em *status* universal, a parcela hipossuficiente da relação econômica sempre será a coletividade, o que faz surgir a necessidade de uma atuação governamental incisiva capaz de realinhar a “balança” da cadeia econômica.

Este papel, no Brasil, é desempenhado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica que, embora não consiga anular por completo as operações comerciais voltadas ao abuso econômico, ao menos exerce certo controle em relação às condutas inerentes ao domínio de mercado interno, valendo-se de um conjunto de conhecimentos científico-sociais, principalmente nas áreas econômicas e jurídicas, para detectar atos nocivos ao interesse socioeconômico e, assim, o reprimi-los com os instrumentos dos quais dispõe.

Com isso, grande parte da atuação do CADE consiste no sopesar do melhor interesse público, analisando o livre desenvolver da atividade econômica de acordo com valores que influenciam o mercado, como a concorrência, posicionando-se, ao final, senão pelo ato que atenda a todos os anseios socioeconômicos, pelo menos a favor daquele que menos influencie negativamente na ordem econômica pública.

Consustancia-se assim, a função social do conselho, que, utilizado como uma ferramenta do poder executivo federal, perpetra uma ação controladora de aspecto administrativo direcionado a organização econômica do país, regulando a concorrência no mercado e prestigiando o crescimento socioeconômico coletivo em detrimento do domínio econômico centralizado a mercê de poucos.

Entretanto, malgrado este contundente cenário sociológico que reporta a importância do conselho para a administração pública, cabe-nos levantar a seguinte questão, a atuação do CADE no controle e equilíbrio da concorrência no mercado nacional, de fato, reflete a realidade econômica do país?

Desde os primeiros esboços do que hoje é o CADE, que tomou corpo definitivamente com o diploma legal nº 4.137/62, a crítica que tanto se fazia ao modelo era em relação à ineficiência com a qual geria-se o conselho, fazendo deste um mecanismo distante da realidade do mercado econômico compatriota.

Com o tempo, incessantes alterações tentaram moldar o ente buscando instituir uma atuação mais coerente e que melhor atendesse as necessidades e viabilizasse o exercício empresarial e, ao mesmo tempo, atingisse uma efetividade na defesa da concorrência, como forma de regularidade econômica.

Prova disso foram as reestruturações do conselho realizadas com as mudanças legislativas, primeiro pela Lei nº 8.884/94 e, no modelo atual, pela lei antitruste nº 12.529/11.

Apesar disso, a atuação do CADE na atualidade revela que, a administração pública, no que concerne ao efetivo controle das relações econômicas, ainda está há “anos luz” do modelo ideal um dia imaginado.

Muito se vê hoje em dia, uma atividade regulamentadora ainda bastante morosa e burocrática, repleta de formalismo contraproducente e exigências inócuas, que não conferem a segurança jurídica objetivada e nem a efetividade idealizada.

Nem mesmo o “superCADE” em estrutura tripartite foi capaz de aniquilar, na ordem do conselho, o mau do século que impregna a administração pública como um todo, qual seja, o excesso de procedimento desnecessário sem, na prática, atingir o sucesso de atuação desejado, acabando por gerar reflexos negativos em todos os envolvidos na relação econômica.

Some-se a isto, o fato de nos depararmos com um mercado, pilar de sustentação econômica da nação, em que impera um dinamismo absoluto, fundado na livre concorrência e liberdade de iniciativa, marcado pela globalização sem fronteiras e, cada vez mais, sofrendo investimentos estrondosos responsáveis por inflar a economia nacional, cuja estabilização, com o passar dos anos, o qualifica como uma oportunidade de crescimento, tanto para as empresas nacionais quanto estrangeiras.

Seria irreal falarmos que alcançamos um estado ideal na defesa econômica do país, que as relações entre empresas, e empresa e consumidor, vivenciam uma era de estabilidade absoluta, e que a concorrência possui o condão exclusivo de ditar as regras do mercado interno, tornando desnecessária a regulamentação estatal.

Sim, convivemos cotidianamente em um mercado repleto de imperfeições, onde a concorrência mostra-se vulnerável aos fenômenos transformativos das relações comerciais, fazendo com que a economia de mercado do país, apesar de crescente, sofra com a instabilidade do capitalismo contemporâneo.

Neste panorama catatônico, encontra-se nossa política antitruste, responsável por domar as diretrizes do mercado, estimulando práticas evolutivas e podando abusos econômicos, onde o CADE ostenta um papel de destaque na aplicação das normas que regem a ordem econômica, essencial ao crescimento do Estado brasileiro.

É cediço de se afirmar que, atualmente, a atuação do CADE como entidade de controle da concorrência de mercado não guarda uma estrutura de encaixe perfeito para com o cenário econômico pátrio, deixando a desejar em vários aspectos do ponto de vista prático.

Este emaranhado de fatores negativos do modelo adotado pelo CADE acaba deixando a sociedade pessimista em relação a uma evolução perceptível da

economia interna, em que, notoriamente, carecerá, como meio, um forte dirigismo de defesa da concorrência para que se atinja a finalidade de solidificação econômica.

Todavia, com base no contexto empírico onde o direito sempre “corre atrás” das mudanças sociais, como mero regulador, sem o condão de subvertê-las, podemos dizer que este modelo antitruste, contando com uma atuação desenvolvida do conselho, é o método mais avançado que já podemos observar na história do país.

Ora, apesar de longínquo da idealidade imaginada, no modelo de defesa econômico atual observamos um controle substancial das relações que de alguma forma possam deturpar o equilíbrio do mercado, com o conselho, dotado de nova estrutura interna, atuando de maneira relativamente independente, com um arsenal de recursos coercitivos jamais vistos, além de uma posição condicional ao regular desempenho de atividades econômicas em território tupiniquim.

Aliás, com autonomia dada a entidade pelo novel diploma antitruste, cada dia mais surge no noticiário nacional ações intransigentes do conselho em relação aos agentes econômicos (público ou privado) que tentam de alguma forma dominar o mercado interno, tanto em sua forma repressiva como preventiva.

Em síntese, de maneira alguma seria lúcido afirmarmos que o modelo de defesa econômica atual, capitaneado pelo CADE, atingiu o ideal há muito buscado, entretanto, este é o modelo antitruste mais avançado que já observamos em nosso ordenamento, e o que mais se aproximou da realidade econômica do país, sendo que, apesar das imperfeições, tem surtido efeitos positivos para economia interna da nação, principalmente no que refere-se a concentrações empresariais no território brasileiro.

Sem dúvida alguma, o principal avanço trazido pela nova Lei 12.529/11 foi a obrigatoriedade de análise prévia¹³¹ pelo conselho das operações concentracionistas entre empresas, que, de certa forma, geram concentração de capital capaz de centralizar poder econômico (artigo 88, parágrafo 3º da lei).

Esta sistemática, que já era adota pela maioria das grandes potências econômicas mundiais, trouxe maior efetividade ao controle, pelo conselho, de operações de concentração empresarial, à medida que, não mais se apura os efeitos do ato *ex post factum* e sim de maneira prévia.

Com isso, o CADE passou a ser incumbido de, prognosticamente, apurar os efeitos que o ato de concentração implicaria à concorrência do mercado e, após aprovar, reprovar, ou adequar o ato de acordo com o interesse coletivo.

¹³¹ Conforme já mencionado, durante a vigência da Lei nº 8.884/94, era permitido às entidades empresariais consumarem o ato de concentração e, somente após, submeter o plano ao CADE, que apurava *a posteriori* o controle da operação, pondo em “xeque” a possibilidade de uma atuação reguladora efetiva.

É bem verdade que, assim como foram observados benefícios, em geral a blindagem socioeconômica do mercado, outros pontos negativos puderam ser constatados.

A rigor, conforme assevera Comte¹³², sempre haverá alguma descontentamento por parte da parcela da sociedade que se sentir atingida com atos da administração pública, e não seria diferente com a atuação do conselho, sendo que, considerando se basear, a decisão prévia do CADE, em pressuposição de efeitos anticoncorrenciais com base em conhecimentos técnicos, muito se contradiz a imprecisão das previsões do conselho, bem como o teor político de suas decisões.¹³³

Não obstante, mesmo com reclamações de decisões tomadas com imprecisão, o maior descontentamento da parcela da sociedade que reprova a atuação do conselho é mesmo em razão da demora para que se tenha uma decisão conclusiva por parte do ente, e os primeiros a percebem tais reflexos são justamente aqueles envolvidos diretamente com a atividade empresarial, em geral, aqueles que objetivam uma operação de concentração empresarial que pende de apreciação do CADE.

Para estes, a demora na tomada de decisão do conselho poderá acarretar em perdas irreparáveis, pois, apesar de muitos desses casos objetivarem o domínio de mercado, outros vários ocorrem em razão de uma situação de necessidade do empreendedor que passa a enxergar uma chance real de quebra, sendo que, nesses casos a atuação deficiente e morosa do conselho, seja para aprovação da operação ou mesmo sua rejeição, pode significar a extinção da empresa e, conseqüentemente, um dano muito maior à coletividade.

Com isso, justamente visando mitigar este efeito temporal negativo, a lei antitruste atual trouxe em seu bojo previsão que visa limitar o tempo para apuração das operações pelo conselho, determinando que o conselho possuirá 240 (duzentos e quarenta) dias para análise da operação concentracionista, conforme explana o parágrafo 2º, do artigo 88 da lei em comento, podendo ser prorrogado, em caso de ser reputada, a operação, complexa pela superintendência geral, no limite não superior a 90 (noventa) dias.

Sem embargos, no plano fático não se viu grandes mudanças no tempo de apuração pelo CADE. Aliás, muito em razão disso várias empresas que visão realizar um ato de concentração acabam por submeter-se à assinatura de um Termo de Compromisso de Desempenho¹³⁴ como forma de abreviar o

¹³² COMTE, Augusto; obra: Opúsculo de Filosofia Social, Edra. Globo, 1972, p. 37.

¹³³ Recentemente, inclusive, houve sérias acusações por parte de empresários e integrantes da oposição governamental de que as decisões do CADE estariam se fundando em mera politicagem tendente a beneficiar os apoiadores do governo da situação, vislumbrando as próximas eleições presidenciais de 2014. Fonte: Matéria publica no Jornal Folha de São Paulo, ed. 03 de agosto de 2013.

¹³⁴ Termo de Compromisso de Desempenho – TCD, encontra-se previsto no artigo 131, da resolução do CADE nº 45/07, com a redação: “No julgamento do Ato de Concentração, o Plenário

procedimento, assumindo obrigações impostas pelo conselho em troca da liberação do ato de concentração.

Isto, porém, em nada retira o mérito de essencialidade da existência prática do CADE, como regulador da concorrência do mercado em prol de um sistema econômico equitativo e qualificado.

Nos dias atuais, nós, integrantes da coletividade e elo mais frágil da relação econômica, não mais podemos nos valer de conceitos que outrora levaram a economia do país a um declínio cataclísmico, pois, dia após dia somos testemunhas de um mercado econômico cada vez mais estável, e, grande parte disso se dá em razão do dirigismo estatal na ordem econômica, o que se procede principalmente com a atuação do CADE nas relações do mercado.

A concorrência, como mais precioso fenômeno regulador do mercado e meio salutar para a estabilidade econômica, sem dúvida alguma passou a ser melhor tutelado pelo modelo antitruste pátrio atual.

Em especial, o conselho vem obtendo êxito em sua atuação preventiva contra atos de concentração entre empresas, zelando pelo bem estar concorrencial do mercado, prevenindo as centralizações econômicas, apesar de, repita-se, ainda não ter alcançado o ideal vislumbrado.

O cenário torna-se mais positivo quando nos atentamos para o fato de que, nos últimos anos, o sopesar de valores pelo conselho vem conferindo uma estabilidade a economia pública, sem que, para tanto, tenha de violar de maneira essencial princípios basilares da atividade empresarial e interesse social, promovendo, acertadamente, decisões que amoldam o ato de concentração pretendido a realidade do país.

Da mesma forma, a eficiência técnica do ente reflete sua eficácia jurídica na defesa contra atos anticoncorrenciais, muitas vezes impondo limites necessários à liberdade de iniciativa é verdade, porém, tudo isso em prol do bem estar coletivo, onde a concorrência de mercado mostra-se como direito a liberdade fundamental, superior ao interesse individual.

Exemplo da efetividade de atuação do conselho, podemos citar inúmeras, em geral, as grandes operações concentracionistas que, apesar de agregarem brutais recursos e estruturas, assim como influência no mercado interno e externo, pouco fizeram em relação à desestabilização da concorrência e da economia pública da nação, isto, contudo, sendo possível apenas pelo emprego de esforços do CADE.

do CADE poderá, segundo seu juízo de conveniência e oportunidade, condicionar a aprovação da operação à celebração de Termo de Compromisso de Desempenho (TCD), nos termos do art. 58 da Lei 8.884/94.", portanto, trata-se de mecanismo cuja instituição se deu ainda na vigência da lei antitruste anterior, porém, com aplicabilidade recepcionada pela nova lei, sendo uma medida que condiciona o desenvolver do ato de concentração ao cumprimento de alguns pressupostos posteriores, como, por exemplo, não criar uma nova marca, reduzir a implantação de franquias, diminuir a circulação de recursos, etc. Fonte: Portal CADE gov.

Destas inúmeras operações, talvez a mais emblemática tenha sido a aquisição da empresa Chocolates Garoto S.A. pela também atuante do mercado de chocolates empresa Nestlé Brasil LTDA¹³⁵, que, apesar de iniciado no ano de 2002, ainda quando da vigência da Lei nº 8.884/94, reflete bem a atuação preventiva¹³⁶ do conselho.

Esta operação simbolizou o pioneirismo da atuação do conselho no controle de concentração expressivas para o consumidor, sendo o caso debatido por inúmeros profissionais com meras previsões do impacto que a operação traria ao mercado, apesar de ter sido apurado a concentração posterior a realização do ato.

Tratava-se de uma operação onde a aquisição da empresa Garoto consistia em uma concentração em linha horizontal, que agregava inúmeros elementos potencialmente impactantes na concorrência do mercado, com centralização de imenso capital, estruturas gigantescas e, mais que isso, uma influencia no mercado que poderia significar seu completo domínio.¹³⁷

Com isso, a operação contou com a oposição massiva das demais concorrentes, fazendo surgir ferrenhos debates, protagonizados por especialistas em mercado econômico e juristas das mais elevadas índoles, tanto pró como contra a operação, além dos integrantes do conselho responsáveis pela decisão definitiva sobre a viabilidade do ato.

Então, após cerca de dois anos de análises pormenorizadas, o CADE, mesmo não chegando a uma demonstração conclusiva de violação da concorrência no mercado interno, mas temendo efeitos colaterais muito maiores à ordem econômica, acabou por repudiar a operação concentracionista, condenado a empresa Nestlé a desfazer-se da parcela adquirida da empresa Garoto¹³⁸.

¹³⁵ Braço empresarial da gigante suíça Nestlé, responsável por operar a atividade da empresa no Brasil.

¹³⁶ Apesar de o controle do CADE, no caso em escopo, ter sido realizado após a consumação do acordo de aquisição, considera-se atuação preventiva pela maioria dos profissionais da área, isto porque, a decisão fundou-se em uma previsão de transtornos concorrências que, a época, ainda não podiam ser notados, sendo taxados de insuficientes as garantias trazidas pelas requerentes.

¹³⁷ Havia estimativa de que, com a consumação da operação a empresa Nestlé passaria a ter o domínio de cerca de 62% do mercado de chocolates (conglobando neste, todas as formas de confeitos comercializados), o que permitiria uma influencia controladora do ramo. Fonte: Portal de Notícias O Globo, estatística KPMG.

¹³⁸ Assim ficou o acórdão da decisão: ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08012.001697/2002-89, Requerentes: Nestlé Brasil Ltda e Chocolates Garoto S/A - Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por maioria, determinar a desconstituição da operação, nos termos do voto do relator. Vencido o Presidente que a aprovava com restrições. Participaram do julgamento o Presidente João Grandino Rodas e os Conselheiros Thompson Almeida Andrade, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Fernando de Oliveira Marques, Cleveland Prates Teixeira, Luiz Alberto Esteves Scaloppe. Presente a Procuradora Geral Maria Paula Dallari Bucci. Brasília, 04 de fevereiro de 2004 (data do julgamento – 312ª S.O.). Fonte: Portal CADE gov.

A decisão contou com o descontentamento da empresa Nestlé que, após vários pedidos de reconsideração e contrapropostas apresentadas ao conselho, ingressou, em 2009, com ação na Justiça Federal para reversão da decisão do CADE, o que até a presente data não encontrou um desfecho judicial, havendo apenas uma decisão acautelatória que impede a cumprimento coercitivo da decisão administrativa da autarquia.

Este caso em especial, apesar de alguns relutarem em admitir, foi um verdadeiro “divisor de águas” na atuação efetiva do conselho no controle da economia pública, simbolizando que, o compromisso da entidade autárquica é para com o bem estar social, prestigiando a concorrência de mercado para manutenção da ordem econômica, não se submetendo as vontades de qualquer empresa atuante no mercado, ainda que seja uma entidade empresária de atuação e influência no mercado global.

E que fique claro, apesar da possibilidade inevitável de reversão judicial das medidas impostas pelo CADE, sejam elas de natureza apenatória, condicional, adequativa ou impeditiva, jamais podemos considerar o conselho como uma instância administrativa pré-processual inútil ao controle econômico efetivo.

Até mesmo porque, a atuação do judiciário na regulação das operações econômicas, o que se dá por mera opção político-constitucional da nação, possui caráter suplementar, subsidiário e extraordinário, com atuação derivada de uma concepção geral de tutela do direito individual, coletivo e subjetivo, somente podendo insurgir mediante provação do interessado, muito aquém, portanto, da competência específica do conselho na defesa econômica.

O CADE, por sua vez, é estritamente voltado à fiscalização das relações econômicas, agindo, na qualidade de ferramenta do executivo federal, *ex officio*, aplicando conhecimentos técnicos bastante qualificados no controle concorrencial do mercado, o que o habilita ter uma percepção muito mais adequada do caso concreto.

Inclusive, alguns mais radicais argumentam inexistir o mínimo de recursos técnicos ao judiciário em relação ao CADE no que diz respeito à sinergia das matérias economia, mercado e concorrência, a ponto de que, a revisão jurisdicional das defesas do CADE deveriam limitar-se a fiscalização das formalidades legais, a moderação das sanções aplicadas, e a execução das decisões proferidas pelo ente.

Com efeito, da mesma forma que não seria coerente entender uma vinculação material absoluta das decisões do CADE em relação ao poder judiciário, mais absurdo ainda seria desconsiderar a atuação do conselho na manutenção efetiva da ordem econômica no cenário nacional, pois, estaríamos a subjugar o papel da principal entidade integrante do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Enfim, com todos os pontos abordados neste estudo, podemos avaliar que, o papel do CADE no mercado econômico nacional em muito transcende a mera fiscalização e reprimenda dos abusos anticoncorrenciais e econômicos, havendo por traz disso um contexto sociológico semântico muito mais abrangente, sendo este o ente incumbido de zelar pela ordem econômica de maneira a prestigiar o bem estar coletivo, para o qual, premente se mostra o sopesar dos valores que envolvem a atividade empresarial, como os atos de concentração empresarial, sem deixar de considerar a concorrência de mercado, que assume uma posição essencial na economia pública, aperfeiçoando a cadeia dinâmica capaz de solidificar e tornar equitativo o mercado econômico brasileiro.

5 CONCLUSÃO

Com o desenvolver deste singelo estudo podemos observar que, a existência de um mercado econômico sólido e em desenvolvimento constante é essencial ao crescimento de uma nação, independentemente de se tratar de uma grande potencia internacional ou mesmo uma simplória nação que se volta a atender somente as necessidades de seu povo.

Para tanto, indispensável mostra-se a formação de uma cadeia sinérgica entre três pilares que sustentam a economia pública do Estado, quais sejam, o livre exercício da atividade empresária, um mercado estabilizado que permita a segura atividade comercial e a livre concorrência como principal fenômeno regulador das diretrizes econômicas do mercado.

Afinal, desde que a humanidade voltou suas atenções à indústria como forma de obtenção de recursos, substituindo em grande parte a atividade campestre, o que se deu com as mudanças trazidas pela revolução industrial, a atividade empresarial passou a ser a principal base econômica dos países de todo o mundo, sendo o meio mais utilizado para obtenção, concentração, circulação, investimento e ostentação de capital.

Por seu turno, não há como desenvolver atividade empresarial e movimentar a economia de um Estado sem que exista um mercado estável, propício a investimentos diversos, capaz de atenuar as variações econômicas e conferir certa segurança ao empreendedorismo, desenvolvendo-se a cada dia de acordo com o dinamismo das relações comerciais.

Do outro lado da balança, sempre existirá a sociedade consumidora, inevitavelmente o elo mais frágil da relação econômica, cujo mais precioso benefício sempre será a liberdade de escolha no consumo, isto considerando o modelo capitalista atual em que as bases se fundam no consumo impulsivo. Para estes, a única garantia de liberdade será a concorrência, fenômeno comezinho da lei da oferta e da procura no mercado, assegurando à coletividade certa qualidade dos produtos e serviços, além de formar um equilíbrio de mercado não estático entre os concorrentes diretos e indiretos.

Neste cenário dinâmico, impulsionado com o crescimento econômico em *status* mundial, a globalização do mercado e cada vez menos barreiras à atividade empresarial nos mais diversos mercados, surgem as práticas abusivas, tendentes à dominação de mercado pela ostentação econômico-financeira, de modo a extrair benefícios artificiais e individuais em detrimento do bem estar coletivo.

Com isso, práticas estratégicas da atividade empresária, como os atos concentracionistas empresariais, passam a revelar diversas facetas, podendo ser utilizados tanto em prol do fortalecimento da economia do Estado, evitando quebras de empresas, impondo resistência à dominação de mercado pelas grandes multinacionais estrangeiras, ou mesmo sustentando o mercado regional, assim como também podem ser utilizadas como mero subterfúgio para centralização de poder econômico, influenciando negativamente no mercado e permitindo condutas abusivas da empresa dominante (via geral extração de lucros abusivos).

Tal panorama faz surgir a necessidade de dirigismo estatal, capaz de balizar e dirigir ordem econômica da nação ao bem estar socioeconômico coletivo, o que não significa dizer que mostra-se premente a intervenção direta do poder público no exercício de atividade empresarial e econômica em todos os ramos do mercado, ficando esta hipótese reservada a áreas estratégicas, pois, jamais pode-se confundir condução estatal com intervenção do Estado.

E o motivo para esta relação complexa pode ser resumida ao fato de que ainda na atualidade, no avançado século XXI, convivemos cotidianamente com um mercado econômico em que reina o modelo concorrência imperfeito.

Sim, a concorrência de mercado é o principal fenômeno capaz de prestigiar a criação, estabilização e consolidação de um mercado econômico hábil a prosperar.

Sem embargos, vimos que, no Brasil, o crescimento econômico, iniciado tardiamente em relação às grandes potências mundiais, acelerou-se no final dos anos noventa, com um novo modelo de incentivo econômico e com a estabilização jurídica estatuída pela então recente “Constituição Cidadã”, que se preocupou em dispor princípios que balizam a ordem econômica pátria.

De lá pra cá, o país tornou-se alvo de grandes investimentos no empreendedorismo, seja por empresas nacionais ou estrangeiras, fazendo com que o país se desenvolvesse economicamente, abrisse seu mercado e se tornasse sinônimo de oportunidade empresarial.

Neste orbe, a regulamentação governamental das relações econômicas, de defesa da concorrência, objetivando a consolidação de mercado interno, cada vez mais passou a ser exigida, sofrendo resposta do Estado por meio jurídico e administrativo de fiscalização e controle.

Então, uma política de defesa econômica desenvolvida foi estruturada, passando por reviravoltas legislativas de modo a adequar-se a realidade econômica do país, culminando com o modelo que presenciamos atualmente, onde a posição de destaque na defesa da concorrência foi assumida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Com isso, frente ao crescimento inevitável do exercício da atividade empresarial, cuja mais vanguardista estratégia de consolidação no mercado é justamente os atos de concentração ou cooperação entre entidades, a atuação do CADE na repressão e prevenção a atos anticoncorrenciais passou a ser exigida com maior intensidade.

Até mesmo porque, ficou evidente que o conselho é a principal ferramenta estatal na defesa da concorrência do mercado interno, sendo o pilar capital do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência reestruturado pela Lei 12.529/11, responsável por manter a ordem econômica do país, valendo-se de conhecimentos basicamente técnicos e profissionais qualificados para, de certa forma, impor limites à livre iniciativa em prol da livre concorrência, sem desconsiderar a função social da empresa ou desguarnecer a sociedade consumidora.

Destarte, em um mercado como o nosso, em franco crescimento e repleto de práticas que o distancia do modelo concorrencial idealizado como perfeito, a função do CADE mostra-se indispensável a manutenção da economia do mercado, em especial no aspecto preventivo ao que se refere as práticas de concentrações empresariais, que possam vir a por em risco a concorrência interna em grande escala e, por consequência, desestabilizar o mercado.

Mas não é só, podemos concluir que, a conotação social da atuação do CADE vai muito além da mera interpretação das regras que baseiam a ordem econômica do Estado em relação ao caso *in concreto*, bem como supera meros prognósticos vazios de efeitos anticoncorrenciais por conta de operações de estratégia empresarial, possuindo, na realidade, um compromisso maior para com a coletividade, insurgente contra todo e qualquer interesse individual.

Axiomaticamente o CADE ainda não atingiu a idealidade um dia vislumbrada, deixando a desejar em vários aspectos, entretanto, possui um papel salutar na defesa da concorrência de mercado como forma de manutenção da ordem econômica, gravitando ao seu redor valores que sustentam toda a saúde econômica da nação, função esta que, atualmente, não pode ser encenada por nenhuma outra entidade, estando, do ponto de vista técnico, acima de qualquer outro órgão ou pessoa que se aventure a regular a economia do mercado interno, até mesmo do judiciário, a quem incumbe, em último caso, manobrar a espada da justiça social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABIR, Associação Brasileira das Indústrias de Refrigerantes e bebidas não alcoólicas 2011.
- BAGNOLI, Vicente. Direito da Concorrência, São Paulo, Ed. Singular, 2005, págs. 286.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Granda, obra; Comentários a Constituição do Brasil, Ed. Saraiva, 1990, págs. 445.
- BERTOLDI, Marcelo Marco e Ribeiro, Curso Avançado de Direito Comercial, Ed. Revista dos Tribunais, 2006, págs. 813.
- BRUNA, Sergio Varella, O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso de seu Exercício. Ed. Revista dos Tribunais, 1º ed. 1997, págs. 190.
- BRUNA, Sérgio Varella. O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em Seu Exercício. Ed. Revista dos Tribunais, 2º ed. 2001, págs. 192.
- BULGARELLI, Waldirio. Concentração de Empresas e Direito Antitruste. Ed. Atlas S.A., São Paulo, 1996. págs. 335.
- CADE, Portal <http://cade.gov.br>.
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas, obra: Direito Econômico, Direitos Humanos e Segurança Coletiva. Edra. Núria Fabris, 2007, págs. 408.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes; obra: Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Ed. Almedina, 2003, pags. 1522.
- CARLTON, Dennis W. & PERLOFF, Jeffrey M. - Modern Industrial Organization – 4 ed. 1994, Ed. Prentice Hall, págs. 822.
- CARVALHO, Nuno T. P.; obra: As Concentrações de Empresas no Direito Antitruste, 1995, Ed. Resenha Tributária, págs. 299.
- COELHO, Fabio Ulhôa, obra. Direito de Empresa, Ed. Saraiva, 2007, págs. 556.
- COELHO, Fabio Ulhôa, obra: Direito Antitruste Brasileiro, Ed. Saraiva, 1995, págs. 171.
- COMTE, Augusto; obra: Opúsculo de Filosofia Social, Ed. Globo, 1972, págs. 256.
- COMPARATO, Fábio Konder, obra: Aspectos Jurídicos da Macro Empresa, vol. 3, Ed. Revista dos Tribunais, 1970, págs. 133.

ETIMOLÓGICO, Consultório. Origem da palavra <http://origemdapalavra.com.br>.

FILHO, Calixto Salomão; obra: Direito Concorrencial. Ed. Malheiros, 1998, págs. 171.

FORGIONI, Paula. Fundamentos do Antitruste, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, págs. 510.

GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. Ed. Saraiva, 2002, págs. 875.

GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. Ed. Malheiros, 2005, págs. 384.

HAMEL, Gary P. e PRAHALAD, Coimbatore K. - Competing for the Future - Ed: Harvard Business Press, 1ed. Julho, 1994, págs. 357.

MIRANDA, Maria Bernadete. Curso de Direito Societário. Ed. Forense, 2008, págs. 224.

MUNIZ, Ian, obra Reorganizações Societárias. Ed. Makron Books, 1996, págs. 132.

NEGÓCIOS, Jornal, 19 de setembro de 2008. Matéria - Autor: Pedro Santos Guerreiro.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Ordem Econômica e Desenvolvimento na Constituição de 1988. Ed. APEC, 1989, págs. 99.

NUSDEO, Fábio. Curso de Economia, 3ed: Direito Econômico. Ed. Revista dos Tribunais, 2001, págs. 376.

OLIVEIRA, Gesner & RODAS, João Grandino. Direito e Economia da Concorrência. Ed. Renovar. São Paulo, 2004. Págs. 571.

PORTER, Michael E. Estratégia Competitiva – Técnicas para análise de Industrias e da Concorrência. Ed. Campus, 1986, págs. 362.

ROBERTSON, Dennis H. SRAFFA, Piero; e SHOVE, Gerald F., Symposium on Increasing Returns and the Representative Firm. Economic Journal, vol. 40, nº 157, 1956, págs. 189.

ROBINSON, Joan Violet, Robinson's Economics of Imperfect Competition, Journal of Political Economy, Vol. 42, 1934, págs. 249.

SAMUELSON, Paul Anthony & NORDHAUS, Willian D. – Economia – 18ed. Ed. Mcgraw-Hill, 2005, págs. 618.

SERRANO, Pablo Jimenez. Direito do Consumidor. Ed. Manole, 2003, págs. 142.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. Ed. Melhoramento, 2005, págs. 924.

SILVA, Oscar Joseph de Plácido. Vocabulário Jurídico, 23ed. Ed. Forense, 2004, pág. 873.

SMITH, Adam- A Riqueza das Nações 1776 – *The Economist World News*, Janeiro 2012.

TAVARES, André Ramos, Direito Constitucional Econômico. Ed. Método, 2006. Págs. 360.

TROSTER, Roberto Luiz & MOCHÓN, Francisco – Introdução à Economia – São Paulo: Ed. MakronBooks, 3ed, 1999, págs. 401.

VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval - Economia Micro e Macro- Ed. Atlas, 1ed. 2001, págs. 155.

VAZ, Isabel. Direito Econômico da Concorrência. 1ed, Rio de Janeiro; Ed. Forense, 1993, págs. 681.