

OS ATOS DE CONCENTRAÇÃO E O PAPEL DO ESTADO FRENTE AOS ATOS EMPRESARIAIS

THE ACTS OF CONCENTRATION AND THE ROLE OF THE STATE AGAINST BUSINESS ACTIVITIES

Daniel Gonçalves Mendes da Costa¹

Matheus Achcar Pereira²

RESUMO

O artigo, através de pesquisa bibliográfica, pretende analisar os atos de concentração e o papel do Estado frente aos atos empresariais, avaliando os conceitos de concorrência. Em um segundo momento verifica-se a atuação do CADE, face a liberdade de organização e contratação dos empresários. Em seguida fala da necessidade de submissão dos atos de concentração ao CADE e a dificuldade de atuação preventiva frente ao dinamismo do mercado. Por fim, aborda a positividade das concentrações no mercado brasileiro, abordando a eventual eficiência das técnicas antitruste frente aos atos de concentração.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Empresarial. Concentração. Papel do Estado. CADE. Atos empresariais.

ABSTRACT

The article, through bibliographical research, intends to analyze the acts of concentration and the role of the State in relation to the business acts, evaluating the concepts of competition. In a second moment, CADE's performance is verified, given the freedom of organization and hiring of entrepreneurs. He then talks about the need to submit the concentration acts to CADE and the difficulty of preventive action in the face of market dynamism. Finally, it addresses the positivity of mergers in the Brazilian market, addressing the possible efficiency of antitrust techniques against mergers.

KEYWORDS: Business Law. Concentration. Role of the State. WHERE IS IT. Business acts.

1. INTRODUÇÃO

O conjunto de princípios e regras que regem as ações humanas através de elementos econômicos, proporcionando uma visão holística e consideravelmente abrangente do sistema financeiro pátrio, é chamado Ordem Econômica. Segundo Eros Roberto Grau³, a ordem econômica diz respeito à fração componente da ordem jurídica e, conforme se depreende do entendimento assinalado é “usada para referir-se a uma parcela da ordem jurídica, que compõe

¹ Pró-Reitor Acadêmico da UniEvangélica. Doutorando em Direito pelo IDP e Mestre em Direito pelo UniCEUB.

² Graduado pelo Centro Universitário Evangélico de Anápolis. Pós-graduado em Direito Empresarial pela Escola de Direito.

³ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 51.

um sistema de princípios e regras, compreendendo uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica e uma ordem social”.

As diversas políticas intervencionistas estatais brasileiras, ao buscarem fomentar indústrias, normalmente “adequaram” e reduziram a força do mercado, por meio de termos um tanto quanto obscuros e imprecisos, o que tem produzido certa penosidade ao lidar com tal pensamento. Esse modelo econômico advém do liberalismo clássico, pautando-se nas doutrinas econômicas neoclássicas, sendo entendido como a contextualização dos ideais liberais, porém aparenta muito mais ser um atentado ao liberalismo *laissez-faire*.

O art. 170 da Carta Magna prepondera o primado do trabalho e da livre iniciativa em respeito à ordem econômica e é amplamente utilizado como alicerce da perspectiva adotada por alguns autores, englobando José Afonso da Silva, que se contrapõem às atitudes fundadas em aspectos meramente pessoais pelo empresário. O constitucionalista assevera que se o exercente da atividade empresarial buscar sua satisfação pessoal, com puro objetivo de lucro, ferirá a justiça social e o bem-estar coletivo⁴.

Porém o posicionamento do doutrinador, se considerado palavra por palavra, pode macular a perspectiva essencial da relação empresarial, afinal, todo e qualquer empresário almeja o lucro para alcance de um padrão de vida melhor para si e seus familiares, além do deleite pessoal, pois, qualquer um, ao deparar-se com seu sucesso se consideraria grato e satisfeito.

Como destacado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu limites protetivos à conjuntura econômica, concedendo vulto ao trabalho e a livre iniciativa, trazendo em seu arranjo princípios a fim de resguardar tais elementos. Para salvaguardar o princípio da livre iniciativa, dois aspectos devem ser atendidos em sua literalidade: a circunscrição da atuação estatal nos limites estabelecidos constitucionalmente e a defesa da atividade empresarial, em razão da ação de outros particulares. O direito empresarial se atém ao segundo caso, tutelando o direito do exercente do mister econômico contra atos que sejam caracterizados como concorrência ilícita.

Nesse arrimo, pontua Fábio Ulhoa Coelho⁵ sobre concorrência ilícita, considerando-a “todas as formas de concorrência sancionada pela lei, independentemente da natureza civil, penal ou administrativa da sanção”. Razoável é o destaque das modalidades de

⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 34. ed. – São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011, p. 790.

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume I: direito de empresa – 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 218.

atos que ferem a conjuntura econômica e a atuação concorrencial, sendo divididas em dois tipos de ações, conforme anotações servidas pela doutrina. A primeira se trata da concorrência desleal, que poderá ser reprimida na órbita cível e penal, e, a outra o abuso de poder que será penalizado até mesmo na esfera administrativa.

Por concorrência desleal entendem-se os atos de competição empresarial que ofendem a moralidade do meio econômico, e, atingem os interesses particulares dos envolvidos concorrencialmente, sendo de morosa caracterização por utilizar-se em demasia de critérios subjetivos e puramente abstratos.

De difícil minúcia é o balizamento que se enfrenta na definição de concorrência desleal e leal, haja vista que o escopo empresarial é o causar prejuízos aos seus concorrentes para que sua influência mercadológica se amplie, pois se não o fizer restará falido em pouco tempo, sendo única exceção a esse fenômeno o mercado inaugural. Como leciona Ulhoa Coelho⁶:

Ora, o efeito necessário da competição é a indissociação entre o benefício de uma empresa e o prejuízo de outra, ou outras. Na concorrência, os empresários objetivam, de modo claro e indisfarçado, infligir perdas a seus concorrentes, porque é assim que poderão obter ganhos.

Enquanto o abuso de poder, ou infração à ordem econômica (denominação comumente utilizada nos diplomas legais), é proporcionalmente mais grave que o seu colateral, afinal é capaz de gerar a afetação das estruturas do livre mercado, abalando o todo e não somente a relação inter partes. As infrações à ordem econômica são identificadas na Lei 12.529/11, e, para sua caracterização, necessário se faz a conjugação de dois dispositivos, o art. 36 em seu caput, coadunado com a literalidade do seu § 3º.

No *caput* do artigo mencionado vislumbra-se os pressupostos para a definição da conduta infracional, quais sejam: ações que visem a prejudicar a livre concorrência, exercício de domínio de mercado relevante, aumento arbitrário de lucros e aproveitamento abusivo de posição dominante.

Para o enquadramento da atividade ofensiva, é irrelevante a investigação quanto ao elemento subjetivo do agente que a proferiu, sendo considerada apenas a presunção se tal pessoa naquela posição executaria a mesma ação. Logo demonstrado está que há uma série de obstáculos à definição correta e justa da culpa do indivíduo, sendo que apenas investigar-se-á a verdade

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume I: direito de empresa – 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 219.

ficta. Como sustentáculo à livre competição e livre iniciativa, e, ainda buscando a prevenção e repressão desses atos lesivos, surgiram os mecanismos de defesa à ordem econômica, devendo ser observados por possuírem certa pertinência jurídico-econômica.

Em suma, esses artifícios são componentes integrantes do sistema brasileiro de defesa da concorrência (SBDC). Porém basta-se o estudo aprofundado acerca da Autarquia que o compõe, a qual, na visão de alguns, possui ampla relevância na estrutura econômica, entretanto a elucidação sobre esta se dará no tópico seguinte.

2. A NECESSIDADE DE SUBMISSÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO AO CADE

Não obstante o aclarar necessário para acertar questões de laborioso esquadrinhamento, nesse ensejo objetiva-se não o esgotamento de toda matéria histórica acerca do nascedouro concorrencial, mas a demonstração do efeito repressivo e preventivo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

A renovação da legislação concorrencial veio por meio da Lei 12.529/11 e decorreu da necessidade de transformação no direito antitruste, o qual regido era pela Lei 8.884/94, que, consideravelmente, já se encontrava ultrapassada. Fábio Ulhoa Coelho⁷ assevera que:

desde a criação do CADE em 1962 até sua reformulação em 1994, atuava inegavelmente de forma repressiva. Era costume denomina-lo Direito Penal Econômico, expressão hoje abandonada. O CADE passou a se dedicar muito mais à aplicação dos atos de concentração do que ao julgamento dos processos administrativos de condutas infracionais. Assumia assim, paulatinamente a posição de agente governamental de disciplina das condições de estruturação do livre-mercado, abandonando a de mero órgão repressor. A reforma da Lei de 2011 reflete a nova feição assumida pelo CADE nos anos anteriores.

Na leitura do art. 4º da Lei 12.529/11, compreende-se a natureza do órgão regulador que controla e intervém em atos concorrenciais no âmbito empresarial, qual seja o CADE. Sua substância é de entidade judicante, constituída em autarquia federal, possuindo vínculo com o Ministério da Justiça e que tem jurisdição em todo o território nacional.

Quanto ao conceito de autarquia deve ser destacado o posicionamento de Hely Lopes Meirelles⁸, que narra serem as pessoas jurídicas de Direito Público, de natureza meramente administrativa, cuja criação decorre de lei específica, para a manutenção de

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume I: direito de empresa – 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 261.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 41.ed. – São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015, p. 68.

atividades, obras ou serviços, de forma descentralizada em relação ao ente estatal que as concebeu.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica consiste em uma autarquia federal em regime especial, consolidada na forma de agência reguladora, gozando de determinados privilégios e possuindo a incumbência de regular a concorrência. Vale destacar que sua função principal é conduzir o segmento da atividade concorrencial, sendo de interesse público, ou seja, lhe é designado uma competência do Estado Brasileiro.

Dentro da estrutura Autárquica do Conselho destaca-se a existência do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, que detém a incumbência de julgar as infrações que lhe forem conhecidas, e da Superintendência-Geral, que apurará as condutas infracionais à ordem econômica por meio de uma investigação, contendo ainda o Departamento de Estudos Econômicos, formando ao todo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

As decisões proferidas pela entidade não se sujeitam aos efeitos da coisa julgada, como ocorre na esfera judicial, devido ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, introduzido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federativa do Brasil. Logo se abstrai que o sistema regente do diploma máximo brasileiro é o da Jurisdição Una, também conhecido como modelo inglês, em que pese às decisões administrativas poderem ser revistas pela via judicial, embora essas sentenças demandem tempo e esforço probatório para se concluírem.

Nesse esteio, oportuno se faz destacar a noção do professor Fran Martins⁹, manejada por Carlos Henrique Abrão, acerca do assunto: “Demonstrado o modelo, cumpre questionar até que ponto o CADE tem agilidade e mapeamento suficientes à manifestação, precedendo o processo concentracionista, uma vez que nosso contencioso administrativo, ao contrário do modelo francês, não é provido da coisa julgada.”

O CADE atua de maneira preventiva e repressiva, cabendo-o a supervisão, orientação e análise do exercício da atividade empresarial, verificando, conforme o caso se há a caracterização do abuso de poder econômico. No que se refere ao papel preventivo da Autarquia, é exercido, principalmente, nos atos de concentração. Segundo a Lei 12.529/11, em seu art. 90, para efeito de controle de concentração, serão regulamentados os atos de incorporação, fusão, aquisição e joint venture. Os atos concentracionistas na esfera empresarial são chamados de “re-organizações societárias”, e como descreve Tarcísio Teixeira¹⁰, podem

⁹ MARTINS, Fran. Curso de direito comercial/Atual. Carlos Henrique Abrão – 39. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.394.

¹⁰ TEIXEIRA, Tarcísio. Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p.376.

ocorrer pelas mais variadas razões. Dentre elas a dificuldade econômica; absorção de tecnologia; planejamento tributário e assim por diante. Seguindo o entendimento perpassado por Tarcísio Teixeira¹¹, consideram-se atos de concentração:

Para fins legais, se dá quando: duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, 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; uma ou mais empresas incorporam outras empresas; duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture (Lei 12.529/11, art. 90, *caput*).

Partindo da análise de Waldo Fazzio Júnior¹² analisam-se os atos que não se enquadram nesse conceito: “não se amoldam aos atos de concentração os contratos e consórcios destinados às licitações encetadas pela Administração Pública direta ou indireta e aos contratos dela emergentes”.

Os atos de concentração serão submetidos a prévio procedimento pela Autarquia Federal, ao contrário do que ocorria na pretérita Lei 8.884/94, que imprimia a relação de repressão, por ser em momento posterior ao ato concentracionista. Logo, necessariamente, devem ser avaliados e subordinados previamente às decisões proferidas administrativamente os atos descritos no dispositivo legal. Submetidos serão ao controle do CADE os atos que, segundo o disposto no art. 88 da Lei 12.529/2011 e seus incisos, cumulativamente tenham:

- 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).¹³

Conforme a noção transmitida pelo artigo mencionado, nota-se que o aludido controle deverá ser realizado no prazo máximo de 240 (duzentos e quarenta) dias, contados do protocolo da petição ou de sua emenda, prorrogáveis por mais 90 (noventa) dias. Nada obsta a imposição de multa pecuniária, no valor mínimo de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e máximo

¹¹ _____, p.377.

¹² FAZZIO, Waldo Júnior. Manual de direito comercial / Waldo Fazzio Júnior. – 15. ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 782.

¹³ BRASIL. Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011. Lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa Econômica. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de assuntos jurídicos.

de R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), combinado com a instauração de procedimento administrativo, sendo que, se o ato for aperfeiçoado antes desse trâmite, via de regra, será declarado nulo.

As decisões proferidas pela Autarquia, comportando quaisquer das sanções consignadas, são consideradas títulos executivos extrajudiciais e poderão ser manejadas para instruírem a ação executória, a fim de que alcancem seus objetivos coativamente, caso não reste frutífera a imposição administrativa.

3. A ATUAÇÃO DO CADE COMO INIBIÇÃO DA LIBERDADE DE CONTRATAR DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

Inerente a um Estado que procura tutelar o bem-estar social, identifica-se um fator que existirá, independentemente do modelo econômico aderido, qual seja a intervenção Estatal. Não há como desprender o estudo concorrencial da intervenção que o Estado exerce na conjuntura econômica e na ordem social como um todo, mas deve-se questionar se essa atuação tem sido eficiente ou somente embeleza os compilados de direito concorrencial, sendo útil na teoria, porém de inferior valia ao campo da prática.

Determinada interferência deverá ser proporcionalmente razoável, haja vista ser o sistema pátrio fundado na livre iniciativa, o que limita o Estado fazendo-o exercer a intervenção mínima, possibilitando o exercício da atividade empresarial por meio da livre competição. O único que detém poder suficiente à criação de mercado monopolístico é o próprio Estado, através de políticas protecionistas que visem a resguardar a soberania nacional. Logo, nenhum agente econômico privado seria capaz de usufruir isoladamente de mercado.

De acordo com o entendimento equivocado transmitido pela teoria neoclássica, ato de concentração seria considerado sinônimo de monopólio, pois se havendo apenas uma empresa ou escassez dessas, qualquer ato que implicasse controle de maior parte do segmento de atuação não seria considerado mérito concorrencial e, sim, monopólio empresarial, gerando “prejuízos” à ordem econômica.

Contrariedade encontraria com o conceito de monopólio, o qual está ligado à restrição de entrada de novos competidores no mercado específico que está sendo afetado, impossibilitando o gozo da faculdade de exercer a atividade empresarial para a circulação de bens ou serviços.

Sendo assim, são as medidas interventoras do Estado que impossibilitam as sociedades empresárias, independentemente do tempo de mercado ou poder aquisitivo, a galgarem êxito em suas relações contratuais e mercadológicas.

Em um sistema capitalista, uma empresa só conseguiria sobreviver e capitanear consumidores sendo mais eficiente que as outras, haja vista os impedimentos estatais que oneram a atividade empresarial, tais como tributações excessivas, licitações em conchavo, regulamentações exacerbadas ao deleite de parlamentares atécnicos para distinguirem conceitos extremamente específicos, dentre outros.

Logo, para alcance de destaque concorrencial se dispõem a riscos contratuais para alavancarem suas posições, alcançando patamares superiores com o desígnio de expandir seus limites financeiros, territoriais e técnicos, o que, por exemplo, resultaria em alcance de novos competidores.

Nota-se que os pactos empresariais não culminariam em perda ao consumidor, afinal nunca minguariam espaço para novos competidores. Prova do mencionado é que se os preços de determinados produtos ou serviços alavancassem não faltariam empresários diligentes dispostos a adentrarem no mercado, engendrando o benefício do próprio consumidor, não restando uma violação à função social do contrato prevista na atual legislação civil, mas sim um incentivo a este e outros princípios. Cumpre destacar as noções acerca de contrato:

A origem etimológica do vocábulo contrato conduz ao vínculo jurídico das vontades com vistas a um objeto específico. O verbo *contrahere* conduz a *contractus*, que traz o sentido de ajuste, convenção ou pacto, sendo um acordo de vontades criador de direitos e obrigações. É o acordo entre duas ou mais pessoas para um fim qualquer. É o trato em que duas ou mais pessoas assumem certos compromissos ou obrigações, ou asseguram entre si algum direito. Contrato é o acordo de vontade entre duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar, transferir ou extinguir direitos.¹⁴

Nesta senda, vale salientar o princípio que notavelmente encontra ilação com a existência do contrato, ou seja, “*pacta sunt servanda*”, narrando que os pactos devem ser cumpridos. Razoável é o destaque desse princípio, cuja observância é de extrema valia por consolidar segurança nas relações privadas, sendo a interferência estatal necessária em relações que envolvam certo desequilíbrio entre as partes.

Posto isso, deve-se inquirir se realmente há desequilíbrio nas relações empresariais, haja vista que primeiramente não há impedimentos à entrada de novos competidores no

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: contratos: teoria geral –12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 24.

mercado (notoriamente sendo a tributação excessiva o maior obstáculo) e em segundo plano não é válido arrazoar acerca de desproporção nas relações entre os maiores competidores, sendo que há paridade de meios para firmarem relações contratuais para obterem destaque.

Logo não seria proporcional a maioria dos atos praticados pelo Conselho em comento, afinal obstat grande parte dos contratos empresariais e geram morosidade ao findar da transação concentracionista, produzindo a mudança da discussão para a via judicial. Insta salientar que, além de impedimentos ao romper estrutural da sociedade, existem ainda muitas exorbitantes aplicadas pela Autarquia Federal (até mesmo formuladas em conjunto com membros do ministério público que serão chamados a emitirem pareceres acerca do valor das sanções), o que suscita a extensão de perdas ao patrimônio da sociedade.

Portanto, como os procedimentos que consideravelmente se estendem em longo prazo e continuam apresentando inúmeros tecnicismos, causando a burocratização e ineficiência das decisões da entidade, pode-se, com fulcro na análise, questionar se a Autarquia goza de poderes necessários ou extravagantes, tendo em seu bojo certas inibições à liberdade contratual das empresas.

4. A INEFICIÊNCIA DA ATUAÇÃO DO CADE FACE À DINÂMICA DE MERCADO

Há quem diga que as tentativas de efetivação à livre concorrência trazidas pelo CADE gozam de eficiência. Porém existem aqueles que se posicionam frente a essas decisões, alegando que o controle antitruste é revestido de problemas. Os críticos aduzem que o único que se beneficia com essa atuação é o empresário malsucedido concorrencialmente que usa a máquina estatal para amparo de sua incapacidade de êxito. Na análise de seu entendimento, nota-se que entre os problemas suscitados pela Autarquia estão:

- (i)desrespeito à propriedade privada e à liberdade contratual;
- (ii)fundamentação em uma teoria econômica absolutamente equivocada, que considera o mercado uma realidade estática que pode ser prevista e manipulada por burocratas;
- (iii)utilização de conceitos também equivocados, como concorrência perfeita e monopólio natural, os quais ignoram a criatividade empresarial; e
- (iv)possibilidade de ser usado politicamente para perseguir e coagir empresários.¹⁵

As ações da Autarquia, repressivas e preventivas, são atravancadoras, pois se baseiam em teorias que creem piamente em um mercado estático, cuja força deve ser regulada por “rédeas curtas”, a fim de que o mercado cresça nas proporções ideais ao interesse estatal.

¹⁵ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquematizado*/ André Luiz Santa Cruz Ramos. - 7. ed. rev. Atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 438.

Essa crença em um mercado estático e previsível vem pairando sobre a convicção dos atuais julgadores que defendem um sistema antitruste, presumindo que há um único fluxo determinativo a ser percorrido em cada situação, não podendo fugir do paradigma fixado, bastando a análise do caso concreto para saber o seu fim, seja efetivo ou frustrado. Tal afirmativa não condiz com a realidade prática da conjuntura econômica, pois se restasse assim não haveria que se falar em risco sofridos pelo exercente da atividade economicamente organizada, haja vista a “previsibilidade” do sistema. Poder-se-ia falar que, em parte, pode ser efetiva a teoria, partindo do pressuposto que pode evitar uma série de desastres, porém não cabe sua utilização genericamente como se coubesse em qualquer ocasião.

Destarte, há uma série de pontos levantados para o questionamento quanto à eficiência da entidade. Dentro de um modelo econômico que se dispõe defender a livre iniciativa, intervenção deveria ser exceção e não a regra, consubstanciando-se através de uma ótica consensual e estimuladora à concorrência.

As intervenções perpassadas pela Autarquia consistiram em atos capazes de prolongar o caso no tempo e viciaram a eficiência da transação, pois, passado anos do impedimento, verificou-se que, por ser o mercado uma força autônoma, novos competidores se agregaram e uma solução conciliatória finalmente foi executada, em que pese sua proposta ser um tanto quanto tardia.

Com o extemporâneo método utilizado para a aprovação da aquisição, considera-se haver prejudicialidades, não somente às empresas pactuantes, mas também à conjuntura econômica em plenitude, afinal afastaram a verossimilhança de desenvolvimento de um setor cujo crescimento é avassalador.

Segundo a Constituição Federal em seu artigo 37, existem vários princípios que regem os entes que compõem a administração pública, entre eles destaca-se o princípio da eficiência, o qual prima pela qualidade e rapidez das decisões e atos tomados por seus administrados. Cumpre asseverar acerca da extensão dos danos sofridos pela ordem econômica e social, considerando que a efetividade da decisão foi corrompida pelo lapso temporal e atual situação do setor afetado na relação.

Preocupando em dar maior solidez às relações jurídicas, o constituinte empenhou-se em salvaguardar princípios para a realização do fim estatal e proteger os pactos firmados na esfera privada. Destarte, é capital que se mencione o princípio que norteia o ordenamento jurídico em seus mais variados sentidos, qual seja, a “segurança jurídica”, cuja previsão está

implícita na carta magna, podendo ser notado em artigos que narram sobre o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido.

Não obstante há de se relevar a expressão do mencionado no diploma que rege o processo administrativo em âmbito federal, a Lei 9.874/99, que prevê explicitamente a segurança jurídica como princípio orientador das relações procedimentais administrativas. Referido princípio acarreta na consolidação das relações e impede que decisões proferidas em momento posterior possam ter um paradigma a ser seguido, sem prejuízo de alterações de posicionamento, mas aproximação o máximo possível do que fora consolidado.

Conjuntamente há de se destacar a intensificação de incidência do direito com base em precedentes, ou seja, o *common law*, que reiteradamente vem sendo agregado ao sistema jurídico e administrativo contemporâneo.

5. OS ATOS DE CONCENTRAÇÃO E O PAPEL DO ESTADO FRENTE A NOVA REALIDADE DAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS

Na tentativa de lograr êxito em sua incumbência deve procurar o Estado adequar-se para atender o fim pelo qual foi criado, ou seja, as necessidades da coletividade, com a consequente atualização de seus métodos e instrumentos para consecução de seu objetivo. Porém o que se observa é um estado sob crise de legitimidade, sendo esta causada pela adoção de estratégias como a globalização de empresas, que culminam em prejuízo à autonomia estatal no aspecto jurídico, político, econômico e militar, afetando sua soberania.

Posto isso, o Estado deve se apresentar como fator decisivo para restauração do equilíbrio social, objetivando incentivar a concorrência e a regular, com proporção e razoabilidade, regendo o mercado e fazendo valer seus interesses e os da coletividade. Entretanto na busca por métodos eficientes e inovadores, haja vista a existência de múltiplos desafios a serem enfrentados, como, por exemplo, a globalização que afeta os mercados assaz, o ente estatal não será o único a ter que se adaptar frente as novas tendências, mas as sociedades empresariais também necessitam adequar-se e buscar soluções oportunas.

Nesta senda, urge ao empresário irredimido utilizar-se de soluções para que seu empreendimento não seja ultrapassado e falido, quais sejam, os atos concentracionistas, que porventura podem ser feitos até mesmo com sociedades de outro país, para alcance de evidência em seu segmento. Concomitante ao estudo dos atos concentracionistas faz-se imprescindível ressaltar as atitudes restritivas do Estado, que conduzem ao controle das relações concorrenciais

de empreendedores, por meio de suas atribuições e legislações promulgadas com o fim específico de salvaguardar a ordem econômica.

Assevera Daniel Amin Ferraz¹⁶ que a legislação antitruste deve ter por escopo a proteção e intensificação da concorrência, sendo esta salvaguarda importante mecanismo para alcançar a inovação tecnológica e a eficiência produtiva, tendo por consequência a distribuição de riquezas.

Na seara do direito concorrencial surgem os atos de concentração que são regulados por essas atitudes restritivas estatais, devendo ser estudados em suas mais variadas nuances e tipologias para que estudiosos consigam compreender que concentração não é sinônimo de prejuízo à concorrência, muito menos acordo sinônimo de conspiração.

Existem algumas formas de atos concentracionistas no âmbito empresarial, como, por exemplo, junção de empresas do mesmo ramo, de segmentos totalmente diversos e de áreas que podem estar ligadas substancialmente. Marlon Tomazette separa tais modalidades de atos em concentrações horizontais, verticais e conglomerados. Segundo o entendimento acerca da espécie horizontal, diz-se que:

A concentração é horizontal quando envolve concorrentes diretos, isto é, aqueles que vendem o mesmo produto, no mesmo mercado. É a concorrência entre os envolvidos que caracteriza uma concentração horizontal; não basta a atuação no mesmo ramo genérico, é necessário que as envolvidas atuem com produtos concorrentes, produtos que se substituam. Além disso, é necessário que ambas atuem no mesmo espaço geográfico, sob pena de não serem concorrentes.¹⁷

A contrário sensu existem as concentrações verticais que são tidas, na concepção do autor, como o envolvimento entre empresas de áreas distintas quando há efetiva ou potencial relação de compra e venda de matérias-primas entre elas. Como exemplo, observa-se a fusão entre uma indústria e sua fornecedora, o que transmite a noção de complementaridade e não substitutividade.

Por fim, existem os conglomerados, que trazem uma ideia residual, posto que não se encaixam em nenhuma das visões supratranscritas, se referindo a mercados distintos que não se relacionam verticalmente. Destarte, deve-se dispensar tratamento acentuado às concentrações verticais e horizontais, haja vista tratarem-se de alterações razoavelmente

¹⁶ FERRAZ, Daniel Amin. La concentración empresarial em el comercio internacional. Espanha/Valência. Tese de Doutorado. Valência: Universitat de València Servei de Publicacions, 2004, p. 75.

¹⁷ TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário – volume 1/ Marlon Tomazette. - 9. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 661.

profundas e complexas a serem assentadas corretamente. Como destacado, em certa categoria vislumbra-se produtos que podem ser substituídos e noutra aqueles que podem ser complementados. No primeiro caso há emprazada incerteza sobre a atitude do concorrente, por haver probabilidade de condutas anticompetitivas resultando no risco à livre competição.

Logo, conforme a pontuação suscitada, Aitor Zurimendi Isla¹⁸ faz suas ressalvas, confirmando o posicionamento de juristas e estudiosos perante as modalidades de concentração dizendo que a massa das restrições verticais não restringe, mas, pelo contrário, aperfeiçoa o sistema concorrencial.

Quanto à concentração vertical, aceita por alguns doutrinadores como a menos arriscada, terá sua nocividade balizada no caso concreto, analisando suas particularidades e seus efeitos positivos e negativos para se auferir a eficácia de aplicações restritivas. As relações associativas verticais tendem a ter maior aceite em sua formação, pois podem envolver a redução considerável nos custos de transações e extinção de comportamentos maliciosos, o que é considerado por alguns como possibilidades nas tratativas horizontais.

Portanto os pactos verticais justificam-se de modo mais fácil, posto que se incorporam em sua generalidade a benefícios e não a tentativas de prejuízo ao ambiente concorrencial. Logo, nesse sentido, é que se legitima um tratamento jurídico ameno na concordância com tais relações. No entanto, os atos empresariais de concentração vertical, a princípio, podem parecer inofensivos se comparados aos horizontais, porém nada obsta que naqueles não haja diminuição da quantidade de concorrentes no mercado ou até mesmo a redução da atuação dos competidores já existentes. Isso se deve, em síntese, à possibilidade de limitação da oferta de uma matéria prima ou pelo aumento no seu preço.

Sendo assim, para que consiga cumprir eficientemente seus papéis, o Estado deverá imbuir-se de qualidades proporcionais para intensificar a concorrência e não a paralisar, lidando da melhor forma com os atos de concentração para que o mesmo não seja o agressor da livre concorrência.

6. A POSITIVIDADE DAS CONCENTRAÇÕES HORIZONTAIS NO MERCADO BRASILEIRO

Em um ambiente de constante desenvolvimento empresarial, o crescimento de uma atividade empresarial torna-se mais dificultoso, afinal há disputa incansável por clientes. Tal

¹⁸ ISLA, Aitor Zurimendi. El modelo más eficiente en la regulación de las restricciones verticales. Espanha/Barcelona. Revista para el análisis del derecho: 2007, p. 3.

concorrência traz consequentemente o ônus aos competidores de buscar mudanças constantes, desde aperfeiçoamento em seus produtos ou serviços, até associar-se com outros concorrentes para se manter na disputa.

Tal ocasião manifesta-se por se tratar de um ambiente concorrencial, onde os empreendedores buscam aferir danos de perda de clientela uns aos outros, pois se não fosse assim não sealaria em ambiente competitivo e sim um mercado estático, onde todos são parceiros e totalmente inertes. Portanto é comum os agentes buscarem supremacia no mercado, e, como discorre Daniel Amim Ferraz¹⁹, para alcançar referido intento o agente almejará neutralizar a concorrência, seja conquistando posição de monopólio, seja por meio da realização de concentrações.

Nesta senda, os empreendedores buscam efetivamente a formação de grandes conglomerados empresariais, para que conjuntamente usufruam dos benefícios de um mercado onde competidores que se destacam merecem gozar de resultados meritocraticamente vantajosos.

Com o objetivo de se desenvolverem, os grandes grupos empresariais buscam efetivar a junção de esforços com seus concorrentes que disponibilizam no mercado produtos semelhantes aos seus, ocorrendo em tais casos um controle de concentração horizontal pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

O desenvolvimento no caso transcrito exorbitou do cogitado pelos conselheiros autárquicos, o que claramente não restou por prejuízo da ordem econômica, haja vista o respeito aos valores previstos na Constituição Federal. Concomitante ao processo de engrandecimento da combalida Garoto, tendo em vista o processo concorrencial e a dinâmica de mercado, novos arquétipos negociais nasceram e se desenvolveram, como as marcas de chocolate premium; e a fusão que era tida como contrária aos interesses “gerais”, beneficiara toda a coletividade.

Portanto foram diversas as vezes em que a Autarquia se equivocou em suas análises. Talvez essa afirmação se deve ao fato de que o modelo que a Autarquia se baseia, ou seja, a concorrência perfeita, seja impossível de ser atingido em um mercado que seja estruturado pela livre competição, afinal referido paradigma não se trata de um incentivo à concorrência, mas é exatamente a ausência desta.

Para constar que a afirmação expressa acima encontra respaldo jurídico-econômico, se analisa o conceito de concorrência perfeita que está inserto nos tratados de economia:

¹⁹ FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial em el comercio internacional*. Espanha/Valência. Tese de Doutorado. Valência: Universitat de València Servei de Publicacions, 2004, p. 77.

A concorrência pura ou perfeita é um tipo de mercado que exige um número bastante grande de empresas vendendo o mesmo produto. Esse produto é idêntico em todas as empresas, tornando impossível a determinação de sua origem pelos consumidores. Quanto aos critérios adotados para a classificação dos mercados, na concorrência pura, cada empresa, tomada individualmente, não é importante em seu mercado, pois ela contribui com tão pouco para a oferta total que sua saída do mercado não é notada pelas demais empresas ou pelos consumidores. O produto oferecido nesse mercado é homogêneo, já que o bem produzido por uma empresa é exatamente igual ao bem produzido por outra. Quando estão comprando esse produto, os consumidores não são capazes de determinar em que empresa ele foi produzido, mas isso também não é importante para eles.²⁰

Verifica-se com o modelo supramencionado que não há a efetiva concorrência, mas sim sua inexistência, contrariando o princípio da livre competição e até mesmo o nome do instituto, sendo mais agressivo a ordem econômica que a maior parte dos atos constantes na legislação antitruste. Vale ressaltar os dizeres do professor Israel Kirzner quanto à utopia perpassada pela teoria da concorrência perfeita:

A concorrência “perfeita”, por sua vez, veio a significar uma situação de mercado na qual nenhum participante possui qualquer poder de influenciar o preço ou a qualidade do produto. As condições necessárias para definir tal situação perfeita são, como seria de se esperar, completamente irreais, incluindo informações perfeitas e universais sobre todos os atuais, bem como os potenciais, eventos do mercado.²¹

Nesta senda existem pouquíssimos mercados que se aproximam desse padrão longínquo e ficto. Um dos exemplos mais próximos é o de produtos agrícolas, afinal quando um consumidor adquire uma determinada fruta não saberá dizer em qual fazenda foi produzida, e, muito menos relevante é o lugar de onde são provenientes para se alterar o preço.

Em contrassenso com a estrutura da concorrência perfeita pondera-se acerca da prática mercadológica, posto que, em que pese o conceito da primeira ser bastante empregado na teoria econômica, não há consonância com o que se ocorre na realidade. O mercado real trata-se do sistema concorrencial na prática e que, por diversas vezes, distancia-se do que creem as autoridades antitruste, afinal não se trata de um mercado estático, mas que envolve mecanismos para se autorregular.

Finalmente, não há que se falar em prejuízos à ordem econômica, sendo que, em tais casos, a Autoridade Antitruste goza de relevância, porém deve abster-se de pronunciar

²⁰ SILVA, César Roberto Leite da. Economia e mercados: introdução à economia/ César Roberto Leite da Silva, Sinclayr Luiz – 19. ed. ref. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 188.

²¹ KIRZNER, Israel M. A irresistível força da concorrência de mercado. São Paulo. Disponível em: <http://rothbardbrasil.com/a-irresistivel-forca-da-concorrencia-de-mercado/>. Acesso em: julho de 2018.

juízos restritivos, mas sim urge a esta incentivar a concorrência a fim de que as sociedades empresariais se potencializem, rompendo com as barreiras geográficas e políticas.

7. INEFICIÊNCIA DAS TÉCNICAS ANTITRUSTE FRENTE AOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Em um sistema de mercado estruturado sob a égide da livre competição, cuja ordem na produção e distribuição de bens combinado a outros fatores decisivos interfere na regulação do próprio comércio, não podem haver empecilhos por fundamentos alicerçados no simples argumento de que o Estado necessita intrometer-se para o bem-estar social. Em tese, seria belo poder crer que as atitudes do ente estatal são tomadas na medida e proporção correta, porém há de se destacar a imprecisão de tais resoluções, haja vista se basearem em conceitos estáticos e irreais, e, como descrito anteriormente não correspondem ao modelo real de comércio.

O mercado real quando afetado pelos atos de concentração procura adaptar-se através de inúmeros instrumentos e, em regra, há uma série de consequências para os pactuantes que estabelecem esse acordo coligativo a fim de obter maiores lucros e vantagens concorrenciais. Por vezes o referido assunto é tratado como se não gerasse qualquer afetação nas estruturas das próprias sociedades que estão em fase de negociação, posto que na visão crítica dos conselheiros autárquicos, somente serão auferidas benesses. Mas o que se verifica é o contrário, afinal quando duas sociedades se juntam há uma quantidade inexorável de desgastes para adequarem-se umas às outras, sendo estas fadigas acompanhadas de decisões a serem tomadas proporcionalmente maiores que as contraídas anteriormente.

Portanto não se deve abstrair que os atos de concentração geram tão somente benefícios, mas sim auxiliam o progresso do empreendimento que será auferido com base nos resultados ao longo do tempo decorrido, o que além de demandar esforço vai exigir sacrifícios por parte dos empreendedores.

Como noutro exposto, o sistema de análise de concentrações exercido pela Autarquia é realizado de maneira prévia em determinados atos que excedem aos valores fixados na legislação antitruste. Nesse sentido não há como estabelecer de forma prévia e objetiva, em consonância com métodos matemáticos, como agem certas empresas em um mercado definido ou qual será o seu tamanho ideal, mas exclusivamente o processo concorrencial que poderá responder essas questões, por intermédio do sistema de preços e mecanismos de lucros e prejuízos.

Talvez a maior parte dos sofismas criados na mente dos membros do CADE seja gerado pela indubitável existência do que se pode chamar nesse momento de “presunção de má-fé do empresário”, o que seria uma explicação válida às infundáveis atitudes manifestas em desfavor do empresariado nacional, posto a existência de crescente desconfiança acerca das atitudes empresariais, afinal os conselheiros autárquicos se baseiam em modelos inertes e economicamente insuficientes para a análise.

Independentemente de um controle preventivo ou repressivo, o mercado precisa de suas ineficiências para descobrir como se evoluir e voltar a restabelecer sua concorrência, para tanto necessitará de estímulos estatais e não inibidores ao seu crescimento. Assim, não se deve concordar com uma atuação antitruste desencorajadora e demasiadamente repressiva, por mais que soe como eficaz a princípio, visto que não é a regulamentação pesada que definirá se uma atividade vai ser frutífera ou não, mas o processo empreendedorial-concorrencial. Regulação estatal não é sinônimo de aumento de intervenção, pelo contrário, deve ser o distanciamento da intromissão, permitindo ao mercado adequar-se e renovar-se por meio de regulações capazes de punir eventos danosos, mas estimular o crescimento econômico, tutelando os interesses coletivos.

Por fim a única maneira de descobrir se um ato de concentração será afortunado é permitindo o funcionamento de um livre mercado genuíno, onde não existem obstáculos estatais para o desenvolvimento da concorrência e sim o fomento de políticas baseadas em metas com o devido apoio estatal. Logo, manifestações antitrustes que busquem comportar os incontáveis tipos de concentrações no sistema brasileiro, simplesmente, não alcançarão sucesso, posto que se tratam de questões imprevisíveis, tanto pela maneira de se constituírem, quanto pelos efeitos proporcionados em determinados segmentos econômicos.

Como exposto, não há como ditar se a maneira de atuação do empresariado brasileiro seguirá os parâmetros da lealdade e boa-fé, mas somente serão manifesto tais intentos se houver a abertura de possibilidades para a concorrência se desenvolver de maneira saudável. E, veja bem, quando se narra sobre o sucesso da livre competição, não se pode deixar que leitores desentendidos cheguem na conclusão de um mercado neutro, mas sim um mercado onde há constante entrada de competidores e que aqueles que se esforçarem obterão destaque. Nesta senda torna-se cada vez mais problemático ter-se uma entidade antitruste que se baseia em previsões, afinal como já ressaltado por membros do próprio Conselho, a atuação do CADE, notadamente, é reativa, ou seja, seria necessário o acontecimento para que posteriormente ocorresse a inibição da prática danosa.

Assim, seria um gravame a ordem econômica estabelecer métodos sufocantes e impeditivos aos empresários que buscam constante progresso, sem ao menos oportunizar que o negócio se revele, ao longo do tempo, benéfico ou não em seu segmento de atuação. Portanto, cabe salientar que o respeito à ordem econômica e seus princípios devem ser obedecidos na atuação antitruste, para que as ações da entidade autárquica sejam pautadas na eficiência e não gerem barreiras aos competidores, que necessariamente carecem da liberdade para se projetarem no mercado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo da análise crítica acerca do tema em apreço, faz-se necessário indicar o destaque do papel da livre competição no ramo empresarial. Referido princípio, fundamento da livre-iniciativa, objetiva proporcionar um ambiente economicamente saudável para o desenvolvimento da ordem econômica.

É imprescindível notar que ao lidar com um ambiente competitivo não se pode afirmar que todos serão sucedidos concorrencialmente, pois se há competidores, existem também vencedores. Um ambiente próspero, nesse sentido, é o que promove o mérito empresarial, permitindo por meio de legislações eficientes a estruturação de instrumentos competentes ao desempenho das diversas empresas, punindo e limitando aqueles que não se adequem a esse parâmetro, mas incentivando e beneficiando a livre-iniciativa e a capacidade criativa concorrencial.

Porém o que não é muitas vezes aceito pelo CADE é o que ocorre no mercado real. Crer piamente em um mercado estático é confundir companheirismo com jogo de rivalidade e competição. Uma atitude prejudicial à sistemática concorrencial não é aquela que afeta um ou outro competidor por terem perdido, mas sim é aquela que danifica direitos da coletividade.

Como demonstrado a doutrina empresarialista em parte insurge-se contra os atos manifestados pelos membros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, opondo-se a atos que agridem a ordem econômica, por mais que soem para alguns como contribuição ao ambiente concorrencial. Portanto deve ser criticada uma intervenção desproporcional e travancadora à livre concorrência que culmine na deficiência do sistema econômico, haja vista a primordialidade de resolução célere para que o mercado se desenvolva e as sociedades empresárias continuem o exercício de seu mister.

Findando a análise cumpre sugerir uma participação Autárquica proporcional e efetiva, que evita com o máximo esforço a judicialização das questões a que lhe forem submetidas, retomando a ideia da crucial necessidade de incentivo à ordem econômica por meio de práticas.

Enfim, é conveniente a reformulação dos meios utilizados para o estímulo da livre concorrência e iniciativa, e, somente será possível lograr êxito nessa incumbência se houver mudança no paradigma que vem predominando na mentalidade dos atuais julgadores, que percebem a realidade através de conceitos estáticos e pouco práticos.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Constituição Federal. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de assuntos jurídicos.
- _____. *Lei 8.884 de 11 de junho de 1994*. CADE. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de assuntos jurídicos.
- _____. *Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011*. Lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa Econômica. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de assuntos jurídicos.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial* - volume I: direito de empresa – 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- FAZZIO, Waldo Júnior. *Manual de direito comercial*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FERRAZ, Daniel Amin. *La concentració empresarial em el comercio internacional*. Espanha/Valência. Tese de Doutorado. Valência: Universitat de València Servei de Publicacions, 2004.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos: teoria geral* –12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- HULSMANN, Jorge Guido. *Mises contra os neoliberais - as origens desse termo e seus defensores*. São Paulo. Disponível em: <https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=920#ac8700>. Acesso em: novembro de 2017.
- ISLA, Aitor Zurimendi. *El modelo más eficiente en la regulación de las restricciones verticales*. Espanha/Barcelona. Revista para el análisis del derecho: 2007.
- KIRZNER, Israel M. *A irresistível força da concorrência de mercado*. São Paulo. Disponível em: <http://rothbardbrasil.com/a-irresistivel-forca-da-concorrenca-de-mercado/>. Acesso em: julho de 2018.
- MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial/Atual*. Carlos Henrique Abrão – 39. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquematizado* - 7. ed. rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- SILVA, César Roberto Leite da. *Economia e mercados: introdução à economia*– 19. ed. ref. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011.
- TEIXEIRA, Tarcísio. *Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática* – 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário* – volume 1 - 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.