

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 19

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
julho / dezembro de 2016

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto, Nicholas Furlan Di Biase e Viviane Perez.

Pareceristas Deste Número: Adem Bafti (UNIVAP), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Marcelo Lauer Leite (UFERSA), Milena Donato Oliva (UERJ), Sergio Negri (UFJF) e Samuel Max Gabbay (IFRJ).

PATROCINADORES:

**CAMPINHO**
ADVOGADOS

MOREIRA MENEZES . MARTINS . MIRANDA
ADVOGADOS

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 19 (julho/dezembro 2016)

. — Rio de Janeiro: Processo, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2018.

**DEFESA DA CONCORRÊNCIA E SUAS
MODALIDADES NO SISTEMA JURÍDICO
BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO: A BUSCA PELA
*WORKABLE COMPETITION*¹**

**COMPETITION DEFENSE AND ITS MODALITIES IN THE
CONTEMPORARY BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: THE SEARCH
FOR THE WORKABLE COMPETITION**

*Jakson Lima Rocha
Renata Albuquerque Lima
Átila de Alencar Araripe Magalhães*

Resumo: Os estudos econômicos sempre tiveram particular importância para os pesquisadores da área jurídica, os quais tiveram e ainda têm que aprender a lidar com as diversas normas estatais que disciplinam a economia no país. Nas últimas décadas, todavia, o Direito Econômico alcançou ainda mais elevada atenção devido aos avanços na sociedade brasileira. Desse modo, é necessário que maiores considerações sejam realizadas com o intuito de melhor averiguar essa situação. Nesse diapasão, o presente trabalho busca realizar uma análise das abordagens constitucional e infraconstitucional da defesa da concorrência no sistema jurídico brasileiro, além de explicar as concepções ou modalidades de concorrência na economia, em especial a relevância da concorrência praticável ou *workable competition*. Vale ressaltar, ainda, que a investigação é teórico-bibliográfica e do-

1 Artigo recebido em 03.05.2018 e aceito em 14.11.2018.

cumental, com base nos estudos e normas relacionados ao tema. Por outro lado, quanto ao ponto de vista da abordagem do caso, trata-se de pesquisa qualitativa, que examina o *milieu* social e os fatos que nele ocorrem.

Palavras-chave: Concorrência. Modalidades. Legislação. Economia. Concorrência Praticável.

Abstract: Economic studies have always been of particular importance to law researchers, who have had and still have to learn how to deal with various state norms that discipline the economy in the country. In the last decades, however, Economic Law has received even greater attention due to advances in Brazilian society. This way, it is necessary that more considerations be made in order to better investigate this situation. In this context, the present work seeks to perform an analysis of the constitutional and infra-constitutional approaches of competition defense in Brazilian legal system, besides explaining the conceptions or modalities of competition in the economy, especially the relevance of the feasible or workable competition. It is also worth mentioning that the research is theoretical-bibliographical and documentary, based on studies and norms related to the theme. On the other hand, as far as the approach of the case is concerned, it is a qualitative research, which examines the social milieu and the facts that occur in it.

Keywords: Competition. Modalities. Legislation. Economy. Workable Competition.

Sumário: Introdução. 1. A defesa da concorrência no ordenamento jurídico brasileiro. 1.1. Abordagem constitucional. 1.2. Abordagem infraconstitucional. 2. Modalidades de concorrência. 2.1. Concorrência perfeita. 2.2. Concorrência imperfeita. 2.3. Concorrência praticável ou *workable competition*. 3. Análise de um caso concreto. Conclusão.

Introdução.

A defesa da concorrência é um dos aspectos econômicos mais importantes quando do estudo acerca do tratamento jurídico concedido aos agentes que disputam no mercado. Com base nisso, é imperioso observar, inicialmente, o teor das disposições constitucionais, visto que é do Texto Maior que provêm todas as normas essenciais ao bom funcionamento do Estado. Além disso, um arcabouço infraconstitucional mostra-se necessário para detalhar e viabilizar a colocação das leis na prática, bem como a fiscalização desses postulados.

Assim, far-se-á uma investigação onde será analisado o contexto moderno nacional, com as variadas situações e condições, em meio a uma sociedade que se amplia e a cada dia se depara com novas técnicas e influências advindas do processo de globalização, acentuando-se na expansão de empresas até mesmo entre continentes.

Dessa forma, deve-se haver uma maior cautela no que diz respeito à fiscalização e suporte legais, por meio das normas editadas pelo Poder Legislativo, com vistas a inovar o conjunto normativo que regula a defesa da concorrência. Tal operação, portanto, deve ser feita de maneira eficaz, visando à colocação na prática dessas leis, de um modo que os resultados sejam evidentes para os agentes econômicos.

A argumentação é baseada nas normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como nos estudos desenvolvidos pelos pesquisadores dessa área que se desenvolve constantemente, exigindo elevado grau de observação por parte da doutrina e órgãos responsáveis pela consecução das normas de defesa da concorrência e apreciação das práticas empresariais que afetam economia em seus diversos setores e especificidades.

Através disso, verifica-se ainda a importância de tratar das finalidades que justificam a proteção constitucional e infraconstitucio-

nal da livre concorrência e da liberdade de iniciativa, pois tais objetivos envolvem valores de natureza pública e essenciais à manutenção da ordem e segurança jurídica na sociedade, motivos que fundamentam tamanho resguardo no ordenamento jurídico.

Dá-se particular relevância à concorrência praticável, ou *workable competition*, como será visto no decorrer do estudo das concepções de concorrência, uma vez que esta modalidade atualiza as tradicionais concepções das estruturas de mercado, modificando a maneira com a qual o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o Cade, tem realizado suas apreciações, em especial nos casos de concentração econômica.

Salienta-se que o estudo, sempre que necessário, dará ênfase à atuação dos agentes em face dos benefícios que eles venham a trazer à sociedade e às pessoas individualmente consideradas, visto que os cidadãos devem ser respeitados e ter prioridade nas apreciações feitas pelos órgãos de defesa da concorrência e, principalmente, na própria formação de acordos e nas práticas econômicas. Assim, a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil de acordo com a Constituição de 1988, deve orientar também os estudos, atos e opiniões na economia.

No mais, para a feitura da presente investigação foi utilizada uma pesquisa teórico-bibliográfica e documental, na qual se fez basilar o estudo de livros, artigos, dissertações, monografias e documentos legislativos pertinentes ao tema. Ademais, do ponto de vista de abordagem do caso, pode-se caracterizar a pesquisa como qualitativa, visto que houve um exame dos acontecimentos econômicos que se dão em sociedade, os quais afetam, direta ou indiretamente, os indivíduos enquanto consumidores².

2 PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani César de. *Metodologia do trabalho científico [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. 2. ed. Novo Hamburgo: Editora Feevale, 2013, p. 69-70.

1. A defesa da concorrência no ordenamento jurídico brasileiro.

Como se sabe, a legislação brasileira dispõe de diversas normas que versam sobre aspectos relacionados à defesa da concorrência. Essas previsões legais são de extrema importância e merecem particular atenção, visto que têm como objetivo a proteção dos cidadãos em face dos agentes econômicos que buscam o lucro.

Em última análise, é possível afirmar que o aparato normativo existente visa resguardar direitos e garantias fundamentais, pois os fatores econômicos são capazes de alterar diretamente o padrão de vida de cada consumidor, considerado em sua individualidade. Por isso, passa-se, nesse momento, a analisar os aspectos constitucionais e infraconstitucionais que cercam a temática.

2.1.1. Abordagem constitucional.

É com muita propriedade que a própria Constituição Federal, promulgada no ano de 1988, em seu texto de magnitude ímpar ao estudo aqui proposto, estabelece, inicialmente, em seu artigo 1º que 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 fundamento os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV)³.

Esse fundamento possui relação direta com o tema analisado no presente trabalho, visto que, primeiramente, é o labor humano que move os setores econômicos. Não obstante haja um inacreditável avanço tecnológico nos últimos anos, não se pode negar que o *staff* ainda é imprescindível para o funcionamento das instituições. É por

3 Disponível em: “www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm”. Acesso em: 30 mar. 2018.

isso que o texto constitucional desenha um especial contorno e cuidado quanto às relações trabalhistas, também estabelecendo um rol de direitos aos trabalhadores urbanos e rurais (artigo 7º).

Juntamente com essas garantias, o constituinte trouxe a livre iniciativa, voltada para o lado empreendedor dos cidadãos que buscam angariar espaço no mercado nacional. Assim, cumpridas as disposições legais e as formalidades administrativas, qualquer pessoa, em regra, pode adentrar no mercado e vender seus produtos ou serviços para os consumidores.

Além disso, faz-se imperiosa a compreensão acerca da Ordem Econômica, que pode ser entendida como o regramento constitucional que trata da estrutura econômica no país, o que possibilita as formas de intervenção do poder público no domínio privado. Sobre esse conceito:

Desta forma, pode-se perceber que a Ordem Econômica está relacionada diretamente com os ditames constitucionais de uma nação, como forma de assegurar a legitimidade do Estado em intervir no domínio econômico, para garantir uma boa fluência do mesmo, e preservar a estabilidade da economia nacional.

Atualmente, a Ordem Econômica encontra-se disciplinada em nossa Constituição Federal de 1988, no Título VII, a partir do Art. 170. É possível notar que, como regra, nossos constituintes estabeleceram uma atuação Indireta do Estado na economia, sendo esta exercida quando o Estado limita-se a condicionar o exercício da exploração da atividade econômica, sem assumir posição de agente econômico. Em casos excepcionais, taxativamente previstos na Lei Maior, uma atuação direta, em que o Estado assume para si a exploração da atividade econômica, na qualidade de agente empreendedor no mercado!⁴

4 Ibid., p. 22.

Ressalta-se que o artigo 170 da Constituição Federal de 88 é de suma relevância para o assunto, visto que resguarda valores que refletem o avanço da sociedade e, dentre estes preceitos, menciona a livre concorrência (inciso IV) e a defesa do consumidor (inciso V). Essas disposições podem parecer simples em uma primeira leitura, entretanto, possuem enorme carga democrática e progressista, uma vez que são pautadas no ideal econômico de melhoria da qualidade de vida da população⁵.

Nesse diapasão, pode-se notar que a livre concorrência tem uma eficácia a ser considerada sob dois pontos de vista. Primeiro, aparece como uma garantia de que qualquer empreendedor pode adentrar na economia e nesta participar e obter lucros, mas também é um meio de assegurar os direitos dos consumidores, pois estes terão mais opções de compra e liberdade de escolha.

Devido ao especial teor desse princípio, que inclusive é indispensável para os atuais estudos jurídicos e econômicos, a CF/88 dispõe sobre a defesa da concorrência, dentre outros dispositivos, no § 4º do seu artigo 173, da seguinte maneira: “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”⁶.

5 Constituição Federal: “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: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003); VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995); 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.”.

6 Disponível em: “www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm”. Acesso em: 30 mar. 2018.

Acerca da atuação estatal no sentido de efetivar os pressupostos constitucionais, sob a ótica do Estado regulador e dos importantes direitos fundamentais, muito interessante a análise feita pela doutrina:

A Constituição Federal de 1988, no que respeita, principalmente, aos Arts. 1º, 3º, 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III, confere outra finalidade ao exercício da atividade econômica, qual seja o atendimento, em paralelo ao lucro, dos direitos e garantias fundamentais, bem como fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil.

Trata-se da verificação da dimensão socioeconômica da iniciativa privada, bem como de sua capacidade de promoção do bem-estar social, ou seja, é a reversão da obtenção dos proveitos para também beneficiar a coletividade, seja no investimento em infraestrutura, modernização e universalização do serviço público, diminuição das desigualdades, etc!⁷.

Com isso, percebe-se que a atividade econômica não pode ser concebida em uma realidade apartada da condição social dos cidadãos que serão sujeitos nas relações comerciais. Ao ter isso em vista, nos moldes constitucionais, os direitos basilares dos cidadãos alcançam um patamar privilegiado, exigindo observação necessária quando da elaboração legislativa e sua colocação na prática.

1.2. Abordagem infraconstitucional.

Com base no texto constitucional, à legislação nacional foi imposto o encargo de estabelecer um sistema eficiente que pudesse ga-

⁷ LIMA, Renata Albuquerque. *A Atuação do Estado Brasileiro e a Crise Empresarial na Perspectiva da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 34.

rantir a manutenção dos postulados presentes na Lei Maior. Assim, atualmente a Lei nº 12.529 de 2011 veio para estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o SBDC, que, de acordo com o artigo 3º da normatização citada, é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (o Cade) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda⁸.

Essa norma legal ainda afirma que o Conselho e a Secretaria abordados possuem as atribuições trazidas nesta Lei, a qual, dentre outras providências, regulariza e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a Ordem Econômica.

Ademais, é válido ressaltar o fato de que a Lei nº 12.529/2011 revogou os dispositivos da conhecida Lei nº 8.884/1994, muito marcante no desenvolvimento da legislação antitruste no Brasil e que, dentre outras providências, transformou o Cade em autarquia⁹.

Para o estudo que aqui se pretende trazer, todavia, faz-se necessário, *de per se*, uma abordagem mais minuciosa do trabalho desempenhado pelo Cade, visto que a este é designado a função da apreciação dos atos de concentração. Da Lei nº 12.529/2011 pode-se, ainda, obter o conceito legislativo do Cade, pois do seu artigo 4º tem-se que é a “entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei”¹⁰.

8 Disponível em: “http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm”. Acesso em: 30 mar. 2018.

9 Disponível em: “http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm”. Acesso em: 01 abr. 2018.

10 Disponível em: “http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm”. Acesso em: 30 mar. 2018.

Porém, após a leitura da Lei, para evitar comparações equivocadas no que diz respeito à atuação do Cade no Brasil, é preciso pontuar que:

O Cade na condição de autarquia não realiza função jurisdicional, é bom lembrar que o nosso sistema não é o francês. Quando lemos “jurisdição” devemos pensar em aplicação administrativa da legislação contra o abuso do poder econômico, o que não veda a apreciação judicial quando for o caso. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência representa de forma bem clara a atuação indireta do Estado no domínio econômico. Diante da leitura das competências dos vários órgãos criados, é patente o controle do mercado pelo Estado, ou seja, não vale o argumento de que por não corresponder a regulação de um mercado específico e sim da concorrência que descaracteriza o Sistema como um instrumento indireto do Estado para regular o mercado¹¹.

Com essas informações basilares e com o intuito de analisar o âmbito prático de atuação do Cade, é válido observar como a autarquia lida com situações que causem impacto direto no seio social. Um forte exemplo é a forma de apreciação dos atos de concentração.

Nesse contexto, quando duas ou mais empresas pretendem unir forças e realizar um ato que pode ser caracterizado como concentracionista, elas precisam, antes de consumar o ato oficialmente, da permissão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. O Cade vai apreciar o ato ou contrato baseando-se nos potenciais efeitos que venham a ser produzidos mediante o mercado a ser considerado. Essa análise é de extrema importância, pois é assim que se verificam os benefícios e os malefícios que daí possam surgir.

Assim, a atual legislação antitruste não estabelece um rol taxativo de determinados atos de concentração que necessariamente são considerados ilícitos ou causadores de prejuízos à concorrência. Não

11 MASSO, Fabiano Del. *Direito Econômico Esquemático*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013, p. 166.

é assim que o sistema brasileiro atualmente funciona. O trabalho é feito a partir da averiguação de cada caso, em determinadas circunstâncias e naquele determinado momento em que se encontra a economia.

Portanto, mesmo que aquele ato venha a causar os mais variados prejuízos à concorrência (seja com relação aos sujeitos envolvidos, estrutura organizacional, números de produção, localização das empresas, etc), se os benefícios à população forem maiores naquela determinada situação averiguada, por exemplo, poderá haver a convalidação ou aceitação da concentração. É nesse sentido o que está disposto na Lei nº 12.529/2011, partindo-se de uma interpretação teleológica ou finalística, como se pode facilmente observar nos §§ 5º e 6º do artigo 88, situado no Título VII da Lei, que dispõe acerca “Do Controle das Concentrações”¹².

O trabalho de apreciação do Cade em face do ato de concentração o qual as empresas interessadas pretendem consumir é uma das formas de tratamento que objetiva a defesa da concorrência. A abordagem aqui se trata de uma regulação preventiva, que é a principal maneira de lidar com o fenômeno da concentração.

Essa submissão das empresas ao poder público é de suma importância, visto que proporciona uma organização social, através da qual é possível trazer maiores benefícios aos cidadãos ou, pelo menos, para que se possa impedir o estabelecimento de problemas que

12 “§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo. § 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I – cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes”.

afetam a população em geral, nos mais diversos aspectos cotidianos, seja na compra e venda de alimentos, roupas, bebidas ou serviços de lazer.

Detalhe muito importante reside no fato de que, quando o Conselho aprecia o ato, não há propriamente um julgamento no sentido formal e conhecido da palavra, isso pois não há a infração que precisa ser punida, bem como não se trata, ao menos inicialmente, de partes opostas que procuram o Poder Judiciário para a solução de uma lide. De fato, o que se tem são partes que têm a pretensão de concretizar um ato de concentração, e para isso, elas buscam o Cade para que este as autorize na feitura dos seus objetivos, conforme explica Masso explanando o pensamento de Júnior¹³.

No entanto, em determinados casos, que não raro ocorrem na atividade empresarial, é possível notar que a concentração econômica já se deu no âmbito do mercado a ser considerado, provocando, ainda, efeitos prejudiciais ou mesmo devastadores às empresas que estão competindo. Sendo assim, a apreciação do Cade acerca do ato não se mostra mais tão útil, visto que as consequências se mostram ruins na prática.

Com isso, pontua-se a existência de outra faceta do amparo à concorrência, por meio da repressão do ato, que deve ser feita com muito cuidado, devendo ser observados os direitos das partes, a apresentação de provas que delimitem a infração e a defesa das empresas para que a justiça seja plena.

Aliás, esse poder para reprimir não se manifesta de uma forma punitiva e visando unicamente o *ius puniendi* estatal, pois essa proteção se baseia na supremacia e indisponibilidade do interesse público, compondo um poder inibitório proveniente da necessidade proteção social.

13 MASSO, Fabiano Del. *Direito Econômico Esquematizado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013, p. 203.

No mais, caso o Cade não aprove a concentração que foi ao seu exame, ou ainda para que haja a repressão do ato que se formou, poderá ser determinado, dentre outras providências, que seja feita a desconstituição, buscando-se o retorno do *status quo ante*. Pode haver, ainda, a venda da marca ou dos ativos e paralisação total ou em parte das atividades executadas pela pessoa jurídica.

Como se sabe, ao analisar um ato de concentração, o Cade observa diversos aspectos, como a participação de mercado das empresas envolvidas, o fato de existir ou não rivalidade entre os concorrentes, bem como fatores relacionados ao setor averiguado.

Primordialmente, o Cade preza pela preservação da concorrência, visando diversidade e qualidade de produtos e serviços prestados ao consumidor, além de outros quesitos averiguados conforme o caso concreto.

Todavia, nem todo ato de concentração deverá ser analisado pelo Cade, mas somente aqueles que se enquadram nos critérios legais de notificação obrigatória. Desse modo, a Assessoria de Comunicação Social do Cade explica:

Segundo o Artigo 88 da Lei 12.529/2011, com valores atualizados pela Portaria Interministerial 994, de 30 de maio de 2012, devem ser notificados ao Cade os atos de concentração, em qualquer setor da economia, em que pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750 milhões, e pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75 milhões¹⁴.

Aliás, é recomendado que, na medida das possibilidades e circunstâncias presentes do caso concreto, tudo aconteça de forma cé-

14 Disponível em: “<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-atos-de-concentracao-economica>”. Acesso em: 01 abr. 2018.

lere, ou seja, a reposta deve ser rápida, por meio de procedimentos eficientes e pouco burocráticos, para que as empresas sofram menos incômodos, o que vem a proteger, direta ou indiretamente, os próprios consumidores que movimentam o mercado.

2. Modalidades de concorrência.

Nessa parte do estudo, ver-se-á que a manutenção de inúmeras empresas no mercado competitivo, explorando a economia de todas as formas e em seu clímax de atividades, com todos os benefícios possíveis aos consumidores e sociedade em geral, gerando muito lucro, produzindo em grande escala e com preços baixos parecem ser objetivos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), em uma visão inicial de concorrência.

Entretanto, não há dificuldade em perceber que atingir esses níveis de perfeição concorrencial mostra-se claramente um desafio e os órgãos que regem a legislação antitruste no Brasil sabem dessa realidade, principalmente se forem levados em conta os números anuais da economia do país. Todavia, sabendo da relevância dos ideais do direito da concorrência e a necessidade da disputa no âmbito empresarial, tem-se que:

(...) a disputa é, assim, essencial para o desenvolvimento das atividades empresariais e, apenas nessa medida, desejada pelo agente econômico. Em verdade, a empresa não aprecia a concorrência; suporta-a porque esta é a forma admissível de conquistar mercado e de aumentar os lucros. Pode-se então dizer que a disputa produz externalidade positiva, pois reverte a favor do funcionamento do sistema econômico, diminuindo preços e aumentando a qualidade do produto ou do serviço oferecido aos consumidores¹⁵.

15 FORGIONI, Paula Andrea. *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da Mercancia ao Mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 209.

Nesse diapasão, agora serão analisadas as concepções ou modalidades de concorrência, fundamentais para a correta compreensão da disputa econômica que ocorre cotidianamente.

2.1. Concorrência perfeita.

Restam claros os argumentos de que são muitos os benefícios do respeito à concorrência, como os citados por Forgioni acima, o que já levou muitos estudiosos a aclamar a chamada concorrência perfeita, tão almejada pelas economias mundiais (pelo menos em seus respectivos ordenamentos jurídicos), a qual prega que devem ser mantidos algumas características que lhe são essenciais e que configuram uma estrutura de mercado com base nesses aspectos. Masso elenca alguns desses pontos, analisados por Rocha, Lima e Cordeiro:

- Claramente há um enorme número de agentes que movimentam a economia ativamente em ambos os polos, ou seja, na demanda e na oferta. Nesse contexto, nenhum desses agentes pode, em sua unanimidade e individualidade, modificar consideravelmente o volume global da produção, muito menos os preços estabelecidos para os seus produtos ou ainda outro dado relevante;
- Torna-se evidente que os serviços e/ou produtos materiais que são ofertados por cada um dos sujeitos que agem nesse mercado são, ao menos substancialmente, tão semelhantes entre si, a ponto de os consumidores não terem preferência pela mercadoria de uma empresa sobre a mercadoria da mesma qualidade de outra empresa;
- De igual modo, tanto os consumidores quanto os produtores tomam conhecimento de todos os acontecimentos que se dão na economia, causando, assim, uma publicidade cristalina e proporcionando a manifestação das opiniões dos agentes;
- Também não existem dificuldades estratégicas para a chegada de novos agentes no mercado, vis-

to que isso afrontaria a ordem e justiça estabelecidas, dando margem à ruptura da concorrência perfeita. Assim, novos sujeitos produtores adentram ao ambiente econômico com grande facilidade e mantêm-se com igualdade de condições, sendo todos beneficiados de igual forma. Ademais, os fatores de produção também saem de um setor de produção para outro, livre e facilmente!¹⁶□.

Após a análise atenta dessas principais características, é nítido que a aclamada concorrência perfeita só existe na teoria, como argumentam diversos estudiosos atuais, não podendo ser visualizada na realidade das economias e mercados.

Isso é tão óbvio, que até mesmo países que possuem uma estrutura econômica invejável têm um ou outro aspecto que exige uma melhoria ou deixam a desejar, principalmente no que diz respeito ao direito da concorrência e os atos de concentração.

Com isso, em uma reflexão mais aprofundada e teórica, poderia se afirmar que até mesmo o fenômeno da concentração econômica seria uma afronta à concorrência perfeita em seus ideais defendidos, pois atos concentracionistas em geral implicam, por diversas vezes, na diminuição da concorrência ou na imposição do poder de mercado, mudando a situação de paridade entre as empresas e, conseqüentemente, prejudicando algum agente ativo ou passivo que esteja atuando no contexto econômico.

Criticando os postulados da concorrência perfeita e, de modo didático para compreensão da realidade econômica, a doutrina explica que:

No modelo de concorrência perfeita, o produtor é, por assim dizer, um escravo do mercado: incapaz de nele influir, mas por ele absolutamente controlado; forçado a produzir, em conjunto com seus

16 ROCHA, Jakson Lima; LIMA, Renata Albuquerque; CORDEIRO, Lívy Maria Vaz. Atos de Concentração Econômica e Estruturas de Mercado em uma Concorrência Praticável. *Revista Scientia Iuris*, v. 21, nº 2, p. 64-97, jul. 2017.