

**DIREITO COLETIVO À LIVRE CONCORRÊNCIA: A FUNÇÃO SOCIAL DO CADE
PERANTE FUSÕES E AQUISIÇÕES, COMO PROCESSOS CONCENTRACIONISTAS
EMPRESARIAIS.**

**COLLECTIVE RIGHT TO FREE COMPETITION: THE ROLE OF SOCIAL
CADE HOW TO MERGERS AND ACQUISITIONS BUSINESS PROCESSES
CONCENTRACIONISTAS.**

Marco Aurélio Pieri Zeferino¹

Sebastião Sérgio da Silveira²

RESUMO:

Não se concebe, nos dias atuais, visão egoística do ente empresarial com objetivos finalísticos voltados exclusivamente ao lucro, sem qualquer comprometimento social. Frente a isto, surgem conceitos de um direito econômico mais humanista, de um direito empresarial social, cujos lucros financeiros acrescem-se ao desenvolvimento humano, ao desenvolvimento da sociedade, criando-se instrumentos jurídicos de regulação, de forma a auxiliar este mercado, possibilitando um desenvolvimento econômico e social equânime, uma visão multifacetária da economia e seus diversos prismas, possibilitando a busca por uma maior justiça social. Trata-se do início de uma mudança comportamental econômica, a qual esbarra em concepções empresariais concentracionistas, cuja força do capital tende à supressão. Desta forma, torna-se imprescindível a atuação do Estado, de órgãos como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão judicante de maior relevância social frente à defesa do direito coletivo à livre concorrência.

PALAVRAS CHAVE: Regulação – Justiça Social – CADE – Livre Concorrência.

ABSTRACT:

Currently, it is inconceivable a selfish view of the business entity with final objectives geared solely to profit, without any social commitment. Faced with this, there are concepts of a more humanistic economic law, corporate law from a social, financial profits which accrue to the human development, community development, creating legal instruments of regulation in order to help this market, enabling an equitable economic and social development, a multifaceted view of the economy and its various angles, enabling the search for greater social justice. This is the beginning of an economic behavioral change, which runs into business concepts concentracionistas, whose capital strength tends to suppression. Thus, it is essential to the performance of state bodies such as the Administrative Council for Economic Defense,

¹ Bolsista da Capes, mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto, advogado.

² Professor e Coordenador do Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto, Professor do Departamento de Direito Público da FDRP/USP e Promotor de Justiça.

adjudicative body of greater social relevance to the defense against the collective right to free competition.

KEYWORDS: Regulation - Social Justice - CADE - Free Competition

1. INTRODUÇÃO:

Com o advento da Lei 10.406/2002 que introduziu o vigente Código Civil, abandonou-se a arcaica Teoria dos Atos do Comércio, instituindo-se no prisma do direito empresarial, a Teoria Geral da Empresa, configurando-se a necessidade premente da profissionalidade, habitualidade, constância, organização, bem como regendo junto ao direito econômico a persecução aos lucros por parte do empresário. Tal teoria também implica na valoração do perfil funcional do ente empresarial, ou seja, os aspectos da atividade econômica organizada junto ao meio social, ante aos ditames constitucionais da "Função Social da Propriedade".

Com a adoção da Teoria da Empresa, cujos fundamentos remontam ao Código Civil Italiano (Código Civile de 1942), além da forte influência da Teoria Poliédrica de Alberto Asquini. Esse novo modelo se adaptou aos parâmetros da Constituição de 1.988 e aos seus valores, com enfoque nas facetas econômicas, jurídicas, organizacionais e sociais das organizações empresariais, especialmente à regra da livre iniciativa anunciada no artigo 170 da C.F., além da possibilidade de intervenção estatal, principalmente na hipótese prevista no artigo 174, § 3º da Carta Federal, que cuida da preservação da concorrência e da vedação de lucros excessivos.

Dessa forma, tais implicações, notadamente de caráter econômico-financeiro, culminam em "inter-relacionamentos empresariais" de concentração primária, ou seja, em estratégias de cunho aquisitivo ou fusional, cujos posicionamentos competitivos no mercado global demandam reestruturações econômico-produtivas, pressupondo principalmente saltos tecnológicos à procura por novos mercados, como medida de sobrevivência, ante a predação empresarial oriunda do capitalismo financeiro.

Não obstante, tais reestruturações, notadamente fusões e aquisições, apesar de legalmente possíveis, esbarram em constantes intervenções estatais de ordem regulatória,

fulcradas no objetivo finalístico da Teoria da Empresa, ou seja, a plena inserção social dos bens de produção e de consumo relacionados à atividade empresarial, dado ao mandamento constitucional da incidência destas atividades ao interesse coletivo protegido pelo manto da função social da propriedade empresarial e da livre iniciativa.

Quanto às fusões e aquisições, a matéria era regulamentada de forma abrangente pela Lei das Sociedades Anônimas, abrangendo todas as espécies societárias existentes. Com a nova disciplina de nosso Estatuto civil, a Lei nº 6404/76 ficou restrita às sociedades anônimas, sendo que nas demais sociedades, a disciplina é ditada pelos artigos 1.113 a 1.122 do Código Civil, já em consonância com os princípios consagrados em nossa Carta Republicana.

Assim, o presente trabalho almeja analisar os principais aspectos das formas empresariais concentracionistas, notadamente as fusões e aquisições empresariais no cenário nacional, diante do princípio constitucional da "função social", incluindo-se aí a propriedade empresarial, bem como a persecução de ilícitos, além da defesa dos direitos coletivos decorrentes da livre concorrência pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que tem se mostrado um guardião da garantia do finalismo social.

2. DUE-DILIGENCE EMPRESARIAL X DUE DILIGENCE SOCIAL: A ATUAÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA.

Conforme é sabido, o CADE é o órgão responsável pela prevenção do abuso de poder econômico e da livre concorrência, conforme atribuições que lhe foram atribuídas art. 9º, da Lei nº 12.529/11. As atribuições do CADE são executadas em procedimentos administrativos formais, onde é possível decisões sobre a existência de infração à ordem econômica, determinação providências destinadas à cessação da irregularidade e aprovação de termos de compromisso de desempenho.

Em processos empresariais de emancipação mercadológica, destaca-se a importância do procedimento denominado due-diligence, caracterizado pela realização de levantamentos preliminares, auditorias, e prevenção de riscos entre entes empresariais envolvidos em acordos aquisitivos ou de fusão.

Desta forma, com caráter preventivo, tais diligências objetivam focalizar as implicações econômico-financeiras, de clientela, tecnologia, recursos humanos, situações tributárias, com análises de balanços patrimoniais, livros contábeis, ativos, passivos trabalhistas, ambientais, dentre outros, com vistas ao controle do negócio e à correção de suas cláusulas contratuais.

Em decorrência de tal procedimento de controle, são constituídas equipes multidisciplinares capacitadas na consecução dos objetivos diligenciais. Tais equipes são formadas por advogados, administradores, economistas e contadores, que possuem atribuições de analisar os riscos financeiros da operação, bem como quaisquer implicações e adversidades legais e patrimoniais que possam surgir.

Segundo Betania Tanure de Barros (2003, p. 22), “tais diligências e levantamentos duram em média 9,2 meses, envolvendo cerca de 10 (dez) participantes da empresa adquirente, além de 8 (oito) da adquirida nos casos de aquisição. Nas fusões a média é de 8 participantes (experts) para cada empresa a ser fundida”

Assim, tais equipes de due-diligence possibilitam uma visão estratégica de todas as competências das empresas envolvidas, sendo descabida aos experts a decisão sobre processo em si, dado seu caráter meramente investigativo, eis que servem à obtenção de um conjunto completo de informações estratégicas envolvendo a realidade financeira e patrimonial indispensáveis ao controle da operação.

Merece ser destacado que na etapa inicial da due-diligence, há exigência de confidencialidade, ou seja, os resultados das apurações não podem ser tornados públicos, já que isso poderia implicar em repercussões negativas da possível operação para as empresas envolvidas, perante a sociedade, empregados, consumidores e mesmo aos concorrentes comerciais. Embora admissível, tal segredo prejudica a transparência dos dados obtidos, que devem ser mantidos em sigilo absoluto, sob pena de responsabilização civil ou penal no caso de vazamento de informações.

Na prática, as empresas, geralmente pessoas jurídicas de direito privado, iniciam tais operações com a assinatura de um contrato de intenção, em que o sigilo a respeito dos dados apurados nestas diligências é pré-requisito à consecução da operação.

Enfim, a due-diligence tem por razão existencial a análise da viabilidade das operações entre os entes empresariais envolvidos, bem como o ajuste e fixação dos valores transacionados,

cujo finalismo eminentemente capitalista por reiteradas vezes denota intenções voltadas à concentração mercadológica.

Supramencionado dirigismo encontra-se guardada em nossa Lei Maior, que impõe ao Estado o dever de combate ao abuso do poder econômico. Nesse sentido prelecionam Batalha e Rodrigues Netto (1996, p.14):

Na estrutura capitalista da Constituição Federal de 1988, baseada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, assegura-se a função da propriedade privada e a livre concorrência. No contexto da Constituição, a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, ao mesmo tempo em que, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Acerca deste viés interventivo em uma economia global excludente e predatória, caberá ao Estado a organização dos arranjos econômicos, exercendo poderes fiscalizatórios que decorrem de seu poder de polícia administrativa, os quais são garantidos e legitimados pela primazia do interesse público sobre o privado.

Em decorrência da natureza de sua intervenção, ao pugnar pelo respeito aos direitos da coletividade, realiza o Estado uma verdadeira *due-diligence* reversa, ou seja, um levantamento jurídico-social acerca das consequências de atos empresariais tendentes à concentração de mercados. Tal levantamento é feito perante o CADE, que é o órgão responsável pela garantia de equilíbrio da ordem econômica.

Vale ressaltar que a atuação regulatória do CADE encontra respaldo no artigo 170 da Magna Carta, sempre visando a garantia de concorrência sadia, dentro do primado da liberdade econômica, conforme observado por Salomão Filho (2001, p. 40):

É preciso entender a existência da concorrência como um valor em si, inadmitindo o poder econômico e exigindo que ganhos de escala sejam repartidos com o consumidor (admitindo-se, portanto, a eficiência só no sentido distributivo, e não alocativo), ao mesmo tempo em que não se permite que o processo de interação econômica leve à exclusão social.

Assim, a atividade regulatória do CADE reveste-se de utilidade pública e interesse social, visando sempre a defesa da livre concorrência e o combate aos abusos do poder econômico. Tal atividade estatal se justifica pela necessidade de assegurar um mínimo existencial econômico às coletividades envolvidas, ante a contraposição dos interesses coletivos e a lei de mercado (oferta e procura).

Nesse sentido, Salomão Filho (2001, p. 82), em interessante abordagem, aponta a importância de uma equiparação de forças entre os agentes econômicos e as coletividades envolvidas no jogo de mercado:

Uma regulação com ênfase na criação coercitiva de um ambiente concorrencial incentiva o equilíbrio das forças de mercado, permitindo a difusão do conhecimento econômico. Porém, apenas isso não é suficiente, sobretudo em setores monopolizados ou oligopolizados, é necessário introduzir regras que operem o reequilíbrio de forma impositiva. Aqui, o reequilíbrio não é mais entre concorrentes, pois não é possível garantir a existência de real ambiente concorrencial. O reequilíbrio deve ser entre consumidor e produtor. As medidas devem, portanto, ser diretamente redistributivas.

Pela sistemática da ordem normativa insculpida na Lei nº 12.529/11, seria a coletividade, nela se incluindo os consumidores, os titulares dos bens jurídicos assegurados pela defesa da ordem econômica equânime, a destinatária dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, bem como pela defesa de todos que se encontrem lesados pelo abuso do poder econômico.

Socialmente, atua o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, com finalismo eminentemente coletivo, reprimindo abusos de sobredito poder econômico, eis que segundo BATALHA e RODRIGUES NETTO (1996, p. 124), são dependentes de prévia aprovação deste conselho:

(..) os atos, ajustes, acordos ou convenções entre empresas ou pessoas vinculadas a estas, ou interessadas no objeto de seus negócios que tenham por efeito: a) equilibrar a produção com o consumo; b) regular o mercado; c) padronizar a produção; d) estabilizar os preços; e) especializar a produção ou a distribuição; f) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas.

O CADE somente poderá autorizar o ato de concentração empresarial, quando preenchidos os requisitos do § 6º, do artigo 88 da Lei nº 12.529/11, sendo que esta é uma exceção à atuação do referido órgão, que deve atuar sempre em defesa da livre concorrência e contra o abuso do poder econômico.

Faz-se mister lembrar que tais atividades regulatórias possuem fundamento no ideal de equilíbrio econômico entre entes empresariais e consumidores, possibilitando a repressão de abusos de mercado atentatórios às relações econômico-sociais equânimes. Nesse sentido, a Constituição Federal, em seu artigo 174, limita a regulação estatal, vinculando-a ao estrito cumprimento de seu finalismo social. A única restrição à intervenção estatal é a discricionariedade empresarial atinente à realização de planejamento econômico, que se justifica para evitar a possibilidade de abuso por parte do Estado, eis que mencionado planejamento emana única e exclusivamente do direito de propriedade constitucionalmente assegurado aos entes empresariais. Daí afirmar-se que o planejamento econômico pertence à empresa e não ao Estado, cabendo a ele a busca da garantia da função social da empresa, consoante explicita Bittencourt (1996, p. 28-29):

Este é o princípio de maior complexidade e o que desequilibra a balança da justiça social em face do grande contingente populacional que vive na mais chocante miséria. Acredito que somente com vontade política voltada para os reais valores da dignidade humana, com honestidade de propósitos e solidariedade, sem paixões ou sentimentalismos anacrônicos é que as questões sociais e regionais poderão ser reduzidas ao nível ideal, compatível com a grandiosidade de nosso país. Este desiderato poderá ser alcançado quando todos os esforços se concentrarem num mesmo objetivo, valorizando o trabalho humano como sustentáculo do desenvolvimento econômico, livre de qualquer protecionismo, oferecendo igualdade de oportunidade para todos.

Com certeza, nunca será possível a construção de um país mais justo e solidário, com igualdade de oportunidades para todos os brasileiros, sem a firme participação do empresariado nacional e do firme compromisso de tal classe, com a definitiva observância da finalidade social da empresa

3. AS FUSÕES E AQUISIÇÕES COMO TENDÊNCIAS À DOMINAÇÃO DOS MERCADOS.

Sob o ponto de vista estritamente jurídico, entende-se por fusão o prévio acordo entre dois ou mais entes empresariais que afetuosamente se fundem, deixando de existir legalmente, formando assim um terceiro ente empresarial, constituindo-se, portanto, uma nova sociedade. Juridicamente, segundo o artigo 223 da Lei 6.404/76, entende-se por fusão como “a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar uma sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações”.

Para José Edwaldo Tavares Borba (2003, p.489) "com a fusão, a nova sociedade sucede às sociedades fusionadas em torno de direitos e obrigações, sendo este um caso de sucessão universal." Portanto, ao final do processo, desaparecem as empresas originárias, possibilitando o surgimento de uma nova pessoa jurídica, carregada de direitos e obrigações antes ostentados pelas sucedidas.

Verifica-se quanto ao capital da nova sociedade, a soma dos patrimônios líquidos das sociedades fusionadas. As ações representativas desse capital serão partilhadas, de forma proporcional, aos sócios das várias sociedades extintas em virtude da fusão.

Dessa forma, via de regra, na fusão não deve remanescer nenhuma das empresas anteriores, mas sim tão somente a nova empresa criada, a qual independente de suas criadoras, daí, empresa autônoma.

Objetiva-se com a fusão a reunião patrimonial de duas sociedades que são extintas, as quais podem possuir formas societárias distintas, originando uma nova, sociedade de qualquer forma societária, vez que sua importância fundamental é a união e, conseqüente transferência patrimonial para a nova sociedade criada, independentemente de sua forma constitutiva, i.e., societária.

Já na aquisição, diferentemente, há a compra de empresas por outras, determinando o desaparecimento legal do ente adquirido, tendo como fatores característicos a maximização de valor da empresa, transferência de know-how, melhoria de posição no mercado, expansão geográfica, dentre outros fatores resultantes da otimização de lucros e conquista de novos mercados consumidores.

Segundo Barros (2003, p. 25), quanto à aquisição, "na análise de faturamento da empresa adquirente e adquirida, percebe-se uma grande predominância das empresas relativamente maiores adquirindo as menores". Aliás, essa é uma regra de mercado, já que seria difícil imaginar que uma empresa menor pudesse adquirir uma maior.

Neste cenário, verifica-se a tendência de controle mercadológico por parte das grandes corporações, o que pode levar ao monopólio de determinados setores, cabendo ao Estado, na defesa dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, intervir no domínio econômico, regulamentando eventuais excessos, que possam limitar ou prejudicar os direitos consumeristas, bem como o próprio direito concorrencial.

No Brasil, processos de fusão e aquisição entre iguais são raros, seguindo tendências mundiais. Evans, Pucik e Barsoux (2002, p. 38), sobre o tema, observam:

(...) depois que os acordos são assinados, a maioria das fusões se revela, na prática, como aquisição. A designação da operação como fusão atende, principalmente, razões ligadas ao mercado e à conveniência dos adquiridos, reduzindo o caráter depreciativo contido na idéia de venda.

Referentemente às aquisições, verifica-se que tal opção estratégica não está presente apenas na vida das empresas de grande porte. Tal prática hoje é muito comum e, sempre influenciada pelo desejo de conquista de hegemonia de seus mercados, em processo de autêntica predação empresarial, onde os "adquirentes" (sentido amplo), comportam-se como predadores sagazes na egoística perseguição à dominação mercadológica monopolista, pouco se importando com as nefastas consequências sociais de seus atos.

Assim, no sistema liberal, desde as proposições de Adam Smith, os mercados têm apresentado comportamento egoístico, contrapondo-se ao ideário social de equidade, que também deveria nortear sua atuação. Nesse sentido é a oportuna lição de Eros Grau (2005, p. 30-31):

Como o mercado é movido por interesses egoísticos, - a busca do maior lucro possível- e a sua relação típica é a relação de intercâmbio, a expectativa daquela regularidade de comportamentos é o que o constitui como uma ordem. E essa regularidade, que se pode assegurar somente na medida em que critérios subjetivos sejam substituídos por padrões objetivos de conduta, implica sempre a superação do individualismo próprio ao atuar dos agentes de mercado.

Em decorrência desta órbita subjetiva, assente a importância da determinação de padrões mínimos de conduta que possibilitem a existência de valores como o respeito às relações laborais, livre iniciativa, é necessário garantir a intervenção estatal no domínio econômico, seja na modalidade de intervenção por absorção, assumindo o próprio Estado o controle dos meios produtivos; intervenção por participação, competindo o Estado com a iniciativa privada, ou, a intervenção própria, que se vale dos ferramentais que previstos na legislação regulatória, como no desempenho das funções do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

A intervenção no campo econômico aqui defendida possui como princípio axiológico a própria dignidade da pessoa humana, como registrado por Eros Grau, (2005, p. 197):

A dignidade da pessoa humana assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica em sentido amplo, e em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito, com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar.

Tais intervenções estatais na iniciativa privada somente se justificam em face do comprovado interesse público, principalmente quando se trata da preservação de valores superiores, como aqueles garantidos constitucionalmente.

4. OS ATOS DE CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL FRENTE À ORDEM ECONÔMICA NACIONAL:

A adoção de mercados livres, cumulada com a busca de situação de concorrência perfeita, tem se mostrado como contraditórias e ilusórias. A busca desenfreada pelo lucro aniquila as leis de mercado e da concorrência. Neste sentido, Pinheiro e Saddi (2005, p. 355-356) alertam que existe uma normal tendência à tentativa de eliminação da concorrência, sustentando:

As empresas, naturalmente, prefeririam não ter competição, já que é esta quem impede o empresário de extrair lucros anormais, fixando preços acima do custo, ou de relaxar na busca permanente da eficiência. Por isso, é natural, buscará a neutralização da concorrência por meio do domínio do mercado ou mesmo da realização de acordos com objetivo de regular ou atenuar mutuamente as formas concorrenciais. Se possível,

todas as empresas sempre seriam monopolistas ou trabalhariam de forma concertada para reduzir a rivalidade entre elas.

Em sentido amplo, as infrações à ordem econômica por entes empresariais refletem condutas socialmente abomináveis e que devem ser objeto de eficiente censura estatal. Dentre tais infrações, destacam os atos de negociação compulsória, contratos de exclusividade, venda casada, contratos de adesão com cláusulas leoninas, imposição de barreiras tecnológicas, conluio de preços, além de outras estratégias que representem a diminuição ao direito de escolha e à livre concorrência, impossibilitando a existência de um mercado livre.

Referentemente às fusões e aquisições, constituem-se infrações à ordem econômica a realização de atos que limitem ou prejudiquem a livre concorrência, através da dominação de mercado relevante. A Lei 12.529/11, em seu artigo 36, § 2º, estabelece como correspondente tipificação legal, a prática de atos representativos ao controle de 20% deste mercado por uma única empresa ou, por determinado grupo empresarial, afigurada sua tendência concentracionista unificante.

Batalha e Rodrigues Netto (1996, p. 131), acerca de outras práticas desleais, discorrem sob as demais formas de dominação de mercado relevante na contemporaneidade, aduzindo:

O que caracteriza abuso de posição dominante é a concordância das empresas de certo segmento de mercado na adoção de política de comercialização uniforme, sobretudo no que diz respeito a preços e condições de pagamento. O que caracteriza domínio de mercado relevante é a formação de monopólios ou oligopólios tendentes à excluir a competição, ou para prática de preços inferiorizados a fim de excluir da competição as empresas que praticam preços normais, ou para elevação arbitrária dos preços quando eliminada a concorrência normal.

Objetivando garantir o direito das coletividades, notadamente dos consumidores, o artigo 88 da Lei nº 12.529/11 condicionou a maioria dos atos de concentração empresarial, à prévia submissão ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Sobre o tema, asseverou-se:

Os atos poderão ser realizados sob condição suspensiva de sua aprovação pelo CADE e, nesse caso, a aprovação retroagirá à data da realização do ato. Entretanto, se não forem realizados sob condição suspensiva ou se deles já houver decorrido efeito em relação a terceiros, inclusive de natureza fiscal, serão desconstituídos se não forem aprovados pelo CADE. A desconstituição poderá ser total ou parcial e

decorrerá de distrato, cisão da sociedade, venda de ativos, cessação parcial das atividades ou outras providências adequadas a evitar efeitos nocivos à ordem econômica. {Batalha e Rodrigues Netto (1996, p. 139)}

Quanto à eficácia jurídica da responsabilização por infrações a ordem econômica, frente à importância dos interesses envolvidos, há a possibilidade do reconhecimento da responsabilidade solidária, vinculando todos os entes empresariais envolvidos no ato de concentração mercadológica, possibilitando-se a desconsideração da personalidade jurídica, bem como a incidência nas sanções previstas na Lei nº 12.529/11, independentemente da apuração de aspectos subjetivos (dolo ou culpa), conforme disposto no artigo 32 do referido diploma legal.

Supramencionada atuação do CADE, com respaldo constitucional, também encontra guarita na Resolução 39/248 das Nações Unidas, que dispõe sobre a necessidade da elaboração de normas referentes à proteção do consumidor, ante a presença de elementos de dominação econômica frente às relações comerciais. O disposto no artigo 13 da mencionada Resolução é importante instrumento de promoção da proteção dos interesses econômicos do consumidor, consoante alertado por Bittencourt (1996, p. 199):

As medidas governamentais devem ser orientadas no sentido de permitir aos consumidores obter uma utilização excelente dos seus recursos econômicos, e também no sentido de atingir as metas de produção satisfatórias e padrões de funcionamento, métodos adequados de distribuição, práticas comerciais aceitáveis, informações de comercialização e proteção efetiva contra práticas que possam afetar negativamente os interesses econômicos dos consumidores e do ato de escolha do local de mercado.

5. O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA.

Inicialmente, parece-nos axiologicamente contrapostos os valores da propriedade empresarial e aquele relativo à sua função social. Como é sabido, a concentração de bens de produção nas mãos de poucos excluiriam a participação dos demais, do todo social. No entanto, sob a tutela do direito e, principalmente supervisão e intervenção estatal, a propriedade empresarial continuará sendo instrumento hábil a efetivação dos resultados almejados pelos seus gestores, bem como a real efetivação dos direitos da coletividade.

Consuetudinariamente, seguindo premissas da Constituição de Weimar (1919), não mais se permite que a propriedade atenda tão somente aos interesses de seus proprietários, principalmente quando estes se dirigem contra o interesse social.

A priori, a função social da empresa vincula-se ao dever de exercer, organizar, explorar e dispor de determinada atividade econômica de forma não nociva aos interesses da coletividade, abrangendo os interesses internos do empresariado, bem como os interesses externos, isto é, coletivos, tais como consumidores, fornecedores e, principalmente dos empregados.

Atualmente, os comandos capitalistas em sua maior parte, determinam a atividade empresarial determinam uma preponderância pela busca do lucro, de forma a justificar a necessidade de ingerência do Poder Público, na persecução dos comportamentos contrários aos interesses sociais. Para tal fim se justifica sacrifício da autonomia privada, mediante estratégias legais que conduzam a defesa dos interesses da coletividade, sejam eles econômicos ou sociais. Exemplo disso é possível mencionar a melhoria distribuição de renda, além da otimização da assistência às classes menos favorecidas.

No equilíbrio de tais interesses, surge a importância do controle social da empresa via tutela ou balizamento estatal. Nesse caso, respeitando os princípios da livre iniciativa econômica, é possível buscar a harmonia entre o poder econômico em seus dois extremos, ou seja, empresários e a sociedade, nela incluindo-se empregados e consumidores, com a promoção da solidariedade entre eles, objetivando a justiça social e a promoção da dignidade da pessoa humana, que são valores estruturantes da nação brasileira.

De acordo com a visão José Augusto Lindgren Alves (1994, p. 149), a Organização das Nações Unidas (ONU), através da Declaração e Programa de Ação de Viena, reiterou como finalismo econômico e jurídico, os valores próprios da dignidade da pessoa humana, salientando:

(...) reconhecendo e afirmando que todos os direitos humanos derivam da dignidade e do valor inerente à pessoa humana, e que esta é o sujeito central dos direitos humanos e liberdades fundamentais, razão pela qual há de ser a principal beneficiária desses direitos e liberdades e participar ativamente de sua realização.

Conforme é cediço, se ao indivíduo é garantido o direito de propriedade, exige-se dele o cumprimento da respectiva função social em prol do bem comum. Nesta linha de raciocínio, tratando-se de empresa de atividade economicamente organizada pelos indivíduos ou sociedades,

para a produção ou circulação de riquezas, imperiosa sua inclusão no rol do gênero “propriedade”, havendo, portanto restrições ao seu uso, gozo, posse e gerência, de forma a possibilitar a exigência de responsabilidade social, principalmente quanto aos resultados para os trabalhadores, consumidores, concorrentes, meio-ambiente, enfim, a sociedade em geral.

Em um primeiro momento, o cumprimento da função social empresarial se dá nas relações entre empresário trabalhador, que devem ser justas, equilibradas e complementares, com a garantia de paridade entre a elevação dos lucros e os salários e benefícios dos trabalhadores, como forma de permitir o pleno atendimento às necessidades dos empregados, como a permanente melhora em suas condições de vida.

Noutro giro, a função social da empresa deve almejar o máximo respeito aos consumidores, ao meio ambiente e à livre concorrência, garantindo-lhes o direito de escolha, livre iniciativa, ambos justos e equânimes, desprovidos de qualquer tendência de unificação mercadológica, além da preservação dos recursos naturais.

Na doutrina, as vozes majoritárias sempre inclinam e apontar a preponderância da busca pelo lucro, como função essencial da empresa. Alguns insistem que o cumprimento da função social se dá com a simples realização de destinação de partes de seus recursos para implementação de políticas públicas voluntárias. Nesse sentido, Vera Helena de Mello Franco (2008, p. 135) assim coloca a função social da empresa:

Como bem observado em recente artigo, a questão da responsabilidade social introduz algumas indagações: A primeira delas diz respeito à possibilidade de a empresa ser obrigada a desempenhar uma função social. Ora, dentro do regime capitalista, exercer ou não uma função social é mera opção da empresa. Seu objetivo primordial é a captação do lucro, enquanto o Estado tem o dever de promover os direitos sociais. Portanto, a contribuição da empresa moderna para a efetivação dos direitos sociais, destinando uma parte de seus recursos para a implementação de um serviço destinado à comunidade, é, pois voluntária. Trata-se de auxiliar o Estado na realização de suas políticas sociais, flagrantemente ineficientes, auxílio esse que pode vir tanto das pessoas jurídicas como físicas, defluindo daí a essência da chamada responsabilidade social.

De qualquer forma, em todo debate, não se pode perder de vista que a “função social da propriedade” foi consagrada como princípio fundante e estruturante do capítulo da “ordem

econômica”, de conformidade com o disposto no artigo 170, inciso III, da Constituição da República³.

Em contrapartida, o descumprimento da premissa constitucional, decorrente do descumprimento do compromisso da função social, seu direito à livre iniciativa poderá sofrer restrições pelo Estado.

Referida cláusula constitucional da função social não permite que a empresa aja de forma dissociada do respeito à dignidade da pessoa humana, do respeito aos direitos laborais dos trabalhadores, direitos consumeristas, difusos ambientais, além de outros direitos e garantias previstas na Constituição da República e em leis brasileiras.

Nesse cenário, o Adalberto Simão Filho (2003, p. 11-51), sustenta a necessidade de uma nova visão empresarial que transpasse à órbita tradicional neoliberal do lucro, da forma seguinte:

A empresarialidade não está ligada conceitualmente à busca do lucro, mas sim ao exercício de uma atividade econômica organizada. O fato de a atividade ter natureza econômica, não leva a conclusão de que necessariamente a mesma deva buscar o lucro (...) Chegou-se à conclusão, de que muito embora a atividade empresarial esteja voltada para o lucro como previsto no art 2º da lei 6.404/76, se faz necessário que as empresas também cumpram sua finalidade social. Neste aspecto pode ocorrer, que as buscas não sejam tão só do lucro, mas também de resultados que podem ser econômicos ou financeiros ou de qualquer outra natureza, inclusive social. A busca destes resultados, não interfere na procura da lucratividade, pelo contrário, dependendo da forma como a questão for internalizada no seio da empresa, poderá resultar em sensível acréscimo do lucro.

Em conclusão, Adalberto Simão Filho (2003, p. 49), acena com a necessidade de adoção de novos paradigmas empresariais, para que a empresa possa atingir a sua sonhada função social, aduzindo:

Propugna-se assim, pelo retorno à ética clássica e aos princípios gerais de direito com a finalidade de se formar um costume apropriado para a nova empresarialidade baseado no conceito maior da boa-fé, refletindo

³ 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 – [...]

II – [...]

III – função social da propriedade;

padrões éticos e morais na busca de seu objeto e fim social; criando responsabilidade social e finalizando a idéia de que a empresa também deve estar inserida no contexto das políticas institucionais, desenvolvendo atividades no prisma da responsabilidade social e voluntariado, transformando-se em autêntica empresa-cidadã, cujos benefícios serão sentidos pela coletividade, resultando numa forma de contribuição para um mundo melhor e com a conseqüente redução das exclusões sociais.

A empresa-cidadã, nesse mundo em transformação, onde todos os valores estão sendo revolvidos, é a única que pode remanescer em harmonia com o Estado Democrático de Direito e Bem Estar Social e a nova ordem social que vêm sendo ditados. O distanciamento de tais paradigmas pode determinar o isolamento da empresa e o seu paulatino afastamento das relações de mercado.

6. DAS IMPLICAÇÕES LEGAIS DAS FUSÕES E AQUISIÇÕES NA CONCENTRAÇÃO DO PODER ECONÔMICO DE MERCADO E A DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA.

Juridicamente, consoante exposto, os processos concentracionistas de fusão ou aquisição possuem a incidência regulamentadora do CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, cuja Lei nº 12.529/11 instituiu, em favor de tal autarquia federal, o dever legal de prevenção ao abuso do poder econômico. Nesse contexto, pode-se afirmar que sobredito Conselho atua de forma preventiva, com a análise prévia de propostas formuladas pelos entes empresariais. Diante de tais consultas formais, emite decisões vinculantes sobre os atos de concentração. Em caso de aprovação, é possível que o CADE possa impor condições para o ato de concentração, de forma a preservar os valores constitucionais e legais que deve tutelar.

Além da atuação preventiva, compete ao CADE, nos termos da Lei nº 12.529/11, uma série de medidas repressivas, que visam a proteção da livre concorrência e o combate à concentração excessiva de mercado, além da possibilidade de imposição de severas sanções administrativas, na forma do disposto no artigo 37 do referido diploma legal.

Para Pedro Dutra (2003, p. 48), dentre as inúmeras atribuições da autarquia, "a negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração é sem dúvida meio de grande eficácia para o exercício da função preventiva do abuso do poder econômico, por Lei atribuída ao CADE exercer."

Dessa forma, a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica será delimitada aos atos cuja relação de causalidade implique em efeitos nocivos decorrentes de ações de concentração.

Além do controle das ações de concentração, compete ao CADE a preservação da livre concorrência (art. 170, IV CF/88), cabendo a ele reprimir o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros oriundos de formas concentracionistas, em específico, fusões e aquisições, na forma do disposto no artigo 36 da Lei nº 12.529/11.

Assim, conforme anteriormente mencionado, quaisquer atos empresariais que limitem ou prejudiquem a livre concorrência, ou propiciem a dominação de mercados relevantes de bens e serviços (controle acima de 20% para cada empresa a ser concentrada), deverão ser apreciados pelo CADE. Em sua apreciação, a autarquia levará em consideração as empresas nele atuantes, seus produtos e porcentagens de concentrações mercadológicas, decidindo sobre a possibilidade de sua admissibilidade, tendo-se em conta as suas repercussões na ordem concorrencial e nas relações de consumo.

Mercado relevante, sob a ótica concorrencial, para fins de intervenção do CADE, segundo Pinheiro e Saddi (2005, p. 362):

A definição do mercado relevante tem duas dimensões: uma de produto e outra geográfica. A primeira consiste em definir quais são os bens ou serviços que são substitutos próximos do produto comercializado pelas empresas envolvidas. A segunda dimensão relevante para a definição do mercado relevante é a geográfica. Esta busca avaliar o grau em que existem concorrentes próximos em tamanho e condições de produção capazes de coibir o exercício de poder de mercado pela nova empresa, tornando pouco interessante para esta promover um aumento pequeno, mas significante e não transitório de preço.

Nesse contexto, é forçoso concluir que a criação do CADE e a sua reestruturação pela Lei nº 12.529/11, teve por escopo a garantia da aplicação dos princípios sociais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, repressão ao abuso do poder

econômico, proteção aos consumidores, sendo que a autarquia passou a ser a fiduciária de tais valores constitucionais.

Sem embargo da defesa intransigente da necessidade de defesa da função social da empresa, não se pode também, negar que o uso do poder econômico e de suas regras é legítimo e necessário. Todo agente atuante no mercado detém certa quantidade desse poder, que disputa a preferência do consumidor em determinado segmento. Assim, a subsistência da empresa depende do exercício de suas forças competitivas, sendo que isso é favorável à possibilidade de escolha do consumidor, de forma que, nesse aspecto, existe a perfeita compatibilização do princípio da livre concorrência com a defesa do consumidor.

A luta do Estado e da sociedade brasileira deve ser contra os processos de concentração, na forma de fusões ou aquisições, que possibilitem a formação de entes dominadores de mercado, através da atuação de monopólios e oligopólios, com possibilidade de imposição de preços, quantidade de produção, oferta de mercado, com a supressão das rivalidades empresariais que pugnam pela preferência do consumidor. Além disso, a prática de trustes e cartelização justificam a intervenção estatal do CADE, na forma preventiva e repressiva, com as novas prerrogativas que lhe foram determinadas pela sua nova disciplina legal.

É de ser lembrado, por fim, que a atuação do CADE não se restringe à análise da licitude dos processos de concentração empresarial. Muitas vezes com objeto lícito, é possível a intervenção proibitiva ou condicional da autarquia federal, ante a simples conclusão de que ela pode ser prejudicial à concorrência ou ao consumidor, ante à possibilidade de dominação mercadológica.

CONCLUSÃO

Conforme é sabido, o tema de fusões e aquisições de empresas é um dos mais relevantes da teoria geral da empresa, principalmente em razão de suas interações e repercussões com questões relacionadas com direitos trabalhistas, consumeristas, fiscais e societárias.

Conforme visto, devido à gravidade do fenômeno concentracionista relacionado com as fusões e aquisições, cabe ao Estado, como agente regulamentador e regulador econômico, controlar atos tendentes a abusos decorrentes da utilização prejudicial do poder econômico dos

grandes conglomerados empresariais. Tal incursão na iniciativa privada objetiva garantir a supremacia do interesse público e a regularidade da ordem econômica, prevenindo práticas lesivas aos interesses da sociedade.

Portanto, no campo privado do domínio de atividades econômicas, importantíssima a formulação do CADE de estratégias regulamentadoras contrárias aos interesses mercadológicos predatórios presentes em determinadas fusões e aquisições, analisando-as caso a caso, em vista de suas peculiaridades, objetivos empresariais e consequências sócio-econômicas.

Desta forma, tais análises poderão ser realizadas preventivamente ou repressivamente, implicando as primeiras em atribuições meramente regulamentadoras, impedindo e fixando as balizas mestras aos entes empresariais, diferentemente das segundas, as quais repressivas, portanto interventivas ao domínio econômico.

Especificamente às intervenções e funções repressivas do CADE junto aos processos concentracionistas ilegais, convém ressaltar que seu poder decisório é decorrente do poder de polícia estatal. Entretanto, tal poder não tem o condão de substituição às apreciações e posteriores decisões do Poder Judiciário, ante ao princípio da indeclinabilidade ou da inafastabilidade da jurisdição, razão pela qual não há impedimento legal à revisão ou pronunciamento judicial de seus decisórios.

Assim sendo, verifica-se uma gradação estatal de interesses econômicos divergentes, ou seja, empresariais e sociais em sentido amplo, compreendendo-se os consumeristas, laborais e tributários, pugnando-se por uma maior proximidade ao "equilíbrio concorrencial", juridicamente denominado "concorrência ideal ou perfeita".

Enfim, o direito empresarial sob um enfoque econômico reformulado em bases da doutrina italiana da teoria da empresa, aliada ao seu perfil funcional, em plena concordância aos ditames constitucionais, bem como à uma nova empresarialidade, objetiva a melhor relação entre as facetas envolvidas pelo ente empresarial conforme explicitado pela teoria poliédrica de Alberto Asquini.

Ao CADE, principalmente após redefinição de seu estatuto e perfil institucional, é confiada a missão de zeloso guardião dos superiores interesses da sociedade brasileira, em todos os processos de concentracionistas, de forma a controlar e impedir práticas ofensivas à Constituição da República e ao ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

BARROS, Betânia Tanure de. **Fusões e Aquisições no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2003.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de. **O poder econômico perante o direito: estudos de direito econômico**. São Paulo: LTR, 1996.

BITTENCOURT, Rubens. **Instituições de Direito Econômico**. Curitiba: Juruá, 1996.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DUTRA, Pedro. **Livre Concorrência e Regulação de Mercados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

EVANS, Paul; PUCIK, Vladimir; BARSOUX, Jean Louis. **The global challenge: frameworks for international human resource management**. New York: Mc Graw Hill, 2002.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **A função social da empresa**. Revista do Advogado, São Paulo, ano 28, v.96, p.135, mar.2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. 10º ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (Princípios e Fundamentos jurídicos)**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SIMÃO FILHO, Adalberto. **A Nova Empresarialidade**. In: Revista da UniFMU. São Paulo, ano 17, nº 25, p. 11-51, 2003.