

Perfil da Empresa no Século XXI: Interface entre a Atuação Estatal e os Agentes Econômicos. Uma Análise Econômica do Direito

Carla Izolda Fiuza Costa Marshall

Doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho.

Professora Titular de Direito Empresarial do IBMEC/RJ.

RESUMO:

O presente artigo pretende analisar o novo perfil das organizações no século XXI, a partir da identificação dos componentes do século XX, que representou grandes avanços para o Estado e, na mesma proporção, para as corporações, independentemente de seu porte. O fomento à empresa intentado pelo constituinte, em especial na Constituição Econômica, se deu com o intuito de propiciar o desenvolvimento econômico. Desde então, houve uma série de mudanças no modo de atuação estatal em relação aos agentes econômicos e, a fim de dimensionar tal sistemática, a doutrina do *Law & Economics* manifesta-se como instrumento imprescindível.

Palavras-chave: Atuação estatal; Desenvolvimento Econômico; Constituição Econômica.

ABSTRACT:

The present paper intends to analyse the new profile of organizations in the XXI century, since the identification of components from the past century has represented a great advance to the State,

as well as, to corporations, regardless of the size of their business. Corporative promotion was a sensible objective of constituent assembly, since an economic chapter was introduced in the constitutional charter, in order to achieve a solid economic development. Since then, there were several changes in the way that the State deal with economic actors and the *Law & Economics* doctrine shows itself as an imperative parameter to size this landscape.

Key words: State intervention; Economic development; Economic constitution

INTRODUÇÃO

O século XXI tem se mostrado fértil na experimentação de novas alternativas para a concretização de dispositivos constitucionais e legais no que concerne aos agentes econômicos.

O fomento à empresa determinado constitucionalmente na economia de mercado se consolida com intuito de promoção do desenvolvimento econômico, que é a meta, entendendo-se, aqui, fomento como forma de incentivo estatal às atividades da iniciativa privada, que visam ao desenvolvimento do país.

A Intervenção do Estado no domínio econômico vem sendo a tônica das civilizações, a partir dos diversos regimes adotados pelos governos, em alguns casos verdadeira intervenção propriamente dita e em outros apenas a condução de políticas econômicas de incentivo.

Indiscutivelmente, a atuação do Estado consiste em um dos fatores determinantes nas políticas públicas implementadas, uma vez que dele partirá o modelo que deverá reger as relações econômicas na sociedade, apesar da vigência do princípio da livre iniciativa.

Obviamente que o Estado irá atuar em sintonia com os apelos do mercado, seja ele interno ou externo, tendo como linha condutora o horizonte econômico, que irá permitir o almejado desenvolvimento.

O tema desenvolvimento econômico se perpetua como instituto que ainda merece ser abordado e implementado face à economia de mercado.

1. ATUAÇÃO ESTATAL E AGENTES ECONÔMICOS

Em linha com este paradigma, faz-se necessário um estudo mais detido sobre a interface Direito, Economia e Empresas.

A discussão que avalia e estuda a integração dessas três unidades de pensamento, embora já remonte a épocas pretéritas em termos de Europa e Estados Unidos, ainda não se esgotou em solo brasileiro, daí a pertinência de seu estudo.

A Teoria desenvolvida por Ronald Coase¹ trouxe à baila o debate, inarredável. Na verdade, urge a reflexão e implementação de soluções para a realidade enfrentada pela sociedade contemporânea em sintonia, em especial sob o aspecto jurídico, com a questão da avaliação de custos envolvidos, diante das alternativas de formatações corporativas no mercado.

Empresas, em sentido amplo, e mercado têm custos para funcionar e se constituem em pilares de sustentação da Economia, e, por óbvio, do próprio Estado, que terá que cumprir sua missão de garantir as instituições e gerar condições de funcionamento aos mercados, espaço de atuação das empresas.

Para que, na atualidade, o Brasil pudesse alcançar desenvolvimento de mercado, identifica-se como contribuição significativa a Carta Política de 1988, que consolida e legitima a ação do Estado, atuando na economia e prevendo ações de cunho estatal no domínio econômico nacional, por intermédio de múltiplas formas, tais como: o planejamento², do fomento e do poder de polícia.

Crê-se que o planejamento seja a pedra angular da atuação estatal, pois:

*Desta forma, torna-se imprescindível a adoção de um planejamento econômico que poderá conduzir, de modo racional e coerente, à consecução da política adotada (...). Portanto, sem um planejamento comprometido com os aspectos sociais não se alcançarão os objetivos desejados.*³

1 COASE, Ronald. *The nature of the firm*. *Economica*, n.4, 1937, reimpresso em WILLIAMSON O. E e WINTER, S, eds., *The Nature of firm: Origin, Evolution, Development*. Oxford University Press, 1991.

2 Ver mais profundamente em SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2a. ed., 2000.

3 MARSHALL, Carla. *Desafios da Empresa na Constituição de 1988* in AZAR FILHO, Celso, OLIVEIRA,

A Constituição Econômica, de modo geral, configura-se como indispensável para o entendimento do processo de atuação estatal, sendo que ela impõe “limites ao poder do Estado”⁴, à vista da previsão contida no art. 170 e seguintes da atual Carta constitucional.

A questão econômica, historicamente falando, esteve intimamente ligada aos aspectos jurídico-políticos. Evidentemente, não há como cindir-se o ramo do direito denominado constitucional do inegável elo com os aspectos econômicos que estiveram presentes ao longo da história.

Atualmente a previsão Da Ordem Econômica e Social, na Carta Política, pode expressar aquilo que Washington Peluso⁵ pretende como sendo “a consagração da justiça e das necessidades da vida nacional, de modo que possibilitem a todos existência digna e que funcionem como limites à garantia da liberdade econômica”.

Tais inovações serviram para demonstrar a racionalidade da expressão contida nos textos de modo sistemático, muito embora, conforme identifica Eros Roberto Grau⁶, a ordem jurídica, como sistema que congrega princípios e regras de natureza jurídica, “compreenderia uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica, uma ordem social”. Dessa forma, ambas, ordem econômica e ordem social, estão contidas numa ordem maior, que consiste na ordem jurídica, apesar das imensas controvérsias que cercam a expressão “ordem”.

Na verdade, há maiores críticas quando se agrega a Ordem Econômica à Ordem Social, no contexto constitucional de sistema democrata⁷. A utilização das duas ordens, indicadas na Constituição de 1988, reflete de modo bastante nítido a afetação ideológica

Fábio Corrêa e Souza e FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. *Direito Constitucional no Terceiro Milênio*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2010, p. 67.

4 MARSHALL, Carla. *Direito Constitucional – Aspectos Constitucionais do Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007, p. 153.

5 PELUSO DE SOUZA, Washington Albino. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. São Paulo: LTr, 1994, p. 44.

6 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 41.

7 Não é objeto da presente discussão e análise o teor político-ideológico da democracia ou mesmo do capitalismo.

da expressão. O que se extrai da leitura dos textos constitucionais, despida de senso crítico, é o fato de que o capitalismo se transforma na medida em que assume novo caráter social.

Ressalte-se o destaque a ser conferido à expressão “livre iniciativa”, que, muito embora tenha sido inserida no *caput* do supracitado artigo, não se reduz à iniciativa econômica. O art. 1º, IV, da Carta Magna também a identifica, mas desta vez como fundamento, e não princípio, ao lado dos valores sociais do trabalho.

Todavia, tem-se por certo que a livre iniciativa apontada pelo art. 170 está intimamente ligada à liberdade de empresa, abrangendo todos os modos de produção, ou, como expressa Grau⁸: “uma das faces da livre iniciativa se expõe, ninguém o contesta, como liberdade econômica, ou liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa”. Nesse sentido, a empresa, entendida como atividade econômica com fins lucrativos, está associada à valorização do trabalho livre, que é concebido numa sociedade onde primam a liberdade e o pluralismo.

Algumas novas questões, no campo do direito, se destacam e sintetizam bem esse perfil, como, por exemplo: a promulgação do Código Civil em 2002, podendo-se dizer, inclusive, que sua elaboração se deu em linha com os sistemas mais arrojados de mudança e aperfeiçoamento da ordem legal, tendo trazido algumas alterações significativas, especialmente no que tange à inserção, no contexto legal, da Teoria da Empresa.

Resgatando-se esse fato, pode-se dizer que a inserção da Teoria da Empresa no universo legal se deu em função do fato de que já era uma realidade jurisprudencial e doutrinária, não havendo mais justificativas para a manutenção da vetusta teoria dos atos de comércio. Em realidade, a teoria dos atos de comércio já estava tão ultrapassada quanto a legalmente prevista dissolução total de unidades econômicas, muito embora a realidade apontasse para plausível aplicação da dissolução parcial.

De qualquer modo, o universo empresarial, a partir de então, adotou outro paradigma para o agente econômico, na medi-

8 Op. cit., p. 224.

da em que a feição do empresário passou a ter outros contornos, mais em sintonia com as tendências do mercado mundial.

Acresça-se a isso a promulgação da denominada Lei de Recuperação e Falências, que também despontou no século XXI e inaugurou uma nova era para as corporações, independentemente do seu porte, e consolidou, de modo incontestado, a função social da empresa, em especial, em seu artigo 47.

Introduziu, em definitivo, a Teoria dos *Stakeholders*, alcançando-a a condição legal, reconhecimento adequado numa economia de mercado. Sobre essa teoria, assim se posiciona Boaventura *et alii*⁹:

A (característica) da teoria dos stakeholders é seu caráter relacional. Neste sentido Pesquex e Damak-Ayadi (2005)¹⁰ explicam que a teoria dos stakeholders apresenta-se como uma teoria das organizações que propõe um modelo relacional, interligando indivíduos, grupo, comunidade, empresa, instituições e o Estado. (sic)

Destaque-se que ao lado da Teoria dos *Stakeholders*, muito embora essa seja a mais utilizada, há a Teoria dos *Shareholders*, que segundo Boaventura:

A título de ilustração pode-se citar Smith (2003)¹¹, quem esclarece que de acordo com a teoria dos shareholders, estes adiantam o capital para que os gestores o empreguem apenas naquilo em que autorizaram, enquanto que na teoria dos stakeholders os gestores têm obrigações para com tanto shareholders como stakeholders, devendo a ambos prover benefícios. (sic)

Na verdade, adequada é a visão dos *shareholders* para efeito de corporações de modelo anônimo, pois não seria o caso de uma sociedade limitada, que possui grande relevo na economia bra-

9 BOAVENTURA, João Maurício Gama, CARDOSO, Fernando Rodrigues, SILVA, Edison Simoni da, SILVA, Ralph Santos da e DONAIRE, Denis. Teoria dos Stakeholders e Teoria da Firma: um Estudo sobre a Hierarquização das Funções-Objetivo em Empresas Brasileiras. <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/FIN-B1387.pdf>, acesso em 23/03/2018.

10 PESQUEUX, Yvon; DAMAK-AYADI, Salma. *Stakeholder Theory in Perspective. Corporate Governance*. Bradford, 2005, v.5, n.2, p.5-22.

11 SMITH, H. Jeff, *The Shareholders vs. Stakeholders Debate. Sloan Management Review. Cambridge, Summer 2003*, v.44, n.4, p. 85-106.

sileira, e tanto isso é verdade, que a Lei Complementar 123, veio, num primeiro momento, para cumprir a determinação constitucional de incentivo ao segmento de micro e pequenas empresas, haja vista a parcela significativa no mercado nacional. Em função de adequação ao contexto econômico, sofreu alterações, sendo que outras ainda são objeto de mudanças na denominada Lei do Super Simples. Enfim, muito há que se fazer.

3. ECONOMIA E DIREITO

A interseção Direito e Economia revigora ambas as áreas do conhecimento, pois concede ao Direito caráter menos legalista e mais em linha com as exigências do mercado, e à Economia, um importante campo para aplicação dos cenários.

De acordo com Wald, é preciso que a economia de mercado seja inspirada junto ao direito, e um direito que considere as regras do mercado na exata medida, pois “se houver um mercado sem direito, teremos uma selva selvagem. Se, ao contrário, tiver um direito sem o funcionamento do mercado, haverá a paralisação do país, e não haverá desenvolvimento”¹². Isso tudo porque, assim como o Direito está para a Economia, esta sem aquele se torna uma desordem. Nesse aspecto, portanto, um dos papéis do Direito é organizar e garantir um bom funcionamento de mercado para o desenvolvimento da economia.

A estabilidade econômica, por sua vez, é imprescindível para que haja um sistema legal eficiente, pois, como pano de fundo da estabilidade das normas e do respeito aos contratos, a consolidação dos investimentos são imprescindíveis, em termos nacionais e internacionais, impulsionando o desenvolvimento econômico das nações.

A segurança jurídica que normas estáveis fornecem ao país, em linha com um Judiciário que se mantém apto a aplicá-las, conduz à credibilidade no mercado local, trazendo investimentos externos diretos que elevem a condição do país a patamares superiores em termos econômicos e jurídicos.

¹² PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p.5.

O estudo mais moderno de *Law & Economics* vem a ser, praticamente, uma imposição à realidade do mercado. Historicamente, surgiu com a inserção de disciplinas de cunho econômico nos cursos de Direito, tendo sido reconhecido o seu valor e seus benefícios. Num segundo momento, demonstrou-se eficiente, pois os futuros advogados perceberam a necessidade de adequação de seu perfil ao novo contexto mercadológico.

Segundo Castellar e Saddi¹³:

Claro que o chamado “advogado de direito empresarial” não é exatamente um profissional de economia; no entanto, é inegável que, à medida que um operador do direito consiga entender a lógica e o racional econômico que norteiam a atividade empresarial, sua tarefa se simplifica. Todas as áreas do chamado “direito empresarial” têm óbvios fundamentos econômicos, daí as vantagens de se conhecer a sua inspiração.

Mais uma vez trazendo à baila as teorias de Ronald Coase¹⁴ para destacar a importância da Economia no Direito, que chama a atenção para o fato de que a política econômica nada mais é do que a escolha de regras e procedimentos legais e estruturas administrativas com o objetivo de maximizar o bem-estar social. Para ele, a política econômica consiste na escolha entre instituições sociais alternativas, e estas são criadas por lei ou dela dependem.

Para esse autor, a política econômica vem a ser o elemento a partir do qual as leis implementam as atividades de natureza econômica, identificando, portanto, quatro funções, a saber: protegem os direitos de propriedade privados; estabelecem as regras para a negociação e alienação desses direitos, entre agentes privados e entre eles e o Estado; definem as regras de acesso e de saída dos mercados; promovem a competição; e regulam tanto a estrutura industrial como a conduta das empresas nos setores em que há monopólios ou baixa concorrência.¹⁵

13 PINHEIRO, Armando Castellar e SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p.10-11

14 Ganhador do Prêmio Nobel de Economia. Professor de Economia da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, desempenhou importante papel para a Economia e para o Direito, ao desenvolver seus Teoremas, que se aplicam em ambos os universos, criando a regra do custo de transação. Autor de diversas obras, dentre elas: Firms, Organizações e Contratos - um leitor em Organização Industrial. Oxford: Oxford University Press, 1996.

15 Ver mais profundamente em PINHEIRO, Armando Castellar e SADDI, Jairo. op. cit., p.12 e 13.

Evidente o benefício a ser alcançado pelas organizações e, por via de consequência, para o mercado, decorrente da transdisciplinaridade das duas áreas do conhecimento.

4. DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SÉCULO XXI

Indispensável para uma análise mais aguçada dos desafios da empresa no século XXI consiste na concorrência entre os agentes econômicos, mas, antes de adentrar nessa seara, é indispensável que se considere sua evolução, não só em termos nacionais como internacionais, desde a sua gênese.

Ao analisar a história e a evolução da defesa da economia brasileira, tendo como base casos concretos, é possível constatar a gradual implementação das leis que regem e regulam o mercado.

Exemplos importantes são a intervenção do Estado, a queda do paternalismo, as reformas liberalizantes, a criação do CADE¹⁶, dentre outros acontecimentos que, ao longo do tempo, contribuíram para que o país ocupasse um lugar de destaque na economia mundial. Na verdade, todas essas transformações ocorreram nos últimos setenta anos, portanto, de meados do século passado ao atual.

A defesa da concorrência no Brasil teve forte influência americana em seu início, principalmente de regulamentos como *Sherman Act*. Analogamente a este, existiu o *Federal Trade Comission*, que funcionava como um tribunal administrativo cujo objetivo era garantir as liberdades individuais e, conseqüentemente, a democracia representativa. Esse período, final do século XIX, foi marcado por grandes corporações causando desequilíbrio no cenário econômico e político. Sobre o contexto de nosso padrão histórico, já nos debruçamos anteriormente¹⁷:

16 O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) é um órgão judicante, com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei 4.137/62 e transformado em Autarquia vinculada ao Ministério da Justiça pela Lei 8.884 de 11 de junho de 1994. Atualmente vige a Lei 12.529/11, que alterou algumas estruturas do Super Cade, especialmente as orgânicas, concedendo atribuições a antigos integrantes do Sistema Nacional de Defesa da Concorrência e criando órgãos que não havia na antiga Lei Antitruste, tais como a Superintendência e o Tribunal. Enfim, permanece como órgão judicante, tendo a finalidade de orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico, exercendo papel tutelador da prevenção e da repressão a tais abusos e, ainda, em casos de atos de concentração.

17 MARSHALL, Carla. Algumas Reflexões preliminares sobre o novo marco legal da defesa da concorrência: Lei 12.529/11 in CURY, Ieda Tatiana (idealizadora). Lições de Direito de Propriedade Intelectual e

A primeira regulamentação sobre defesa da concorrência se deu nos Estados Unidos, com o Sherman Act, que é considerada a primeira legislação antitruste conhecida, embora de natureza bastante vaga, em 1890.

Em 1914, surge o Clayton Act e o Federal Trade Commission Act, sendo que este último criou o aparato institucional responsável pela execução da política antitruste americana, o Federal Trade Commission (FTC), órgão ligado ao Poder Legislativo, para acompanhar e intervir - juntamente com a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça, ligado ao Poder Executivo - em condutas consideradas anti-competitivas e análises de atos de concentração econômica.

Merece destaque a identificação de que no Sherman Act vigia a regra da ilegalidade per se, ou seja, uma visão estrita da atuação dos agentes econômicos de então. Na verdade, seu rigorosismo e ausência de flexibilidade para outras apreciações contextuais, levaram, posteriormente, à assunção de outra doutrina na decisão da Standard Oil, em 1911, a rule of reasons, também conhecida como regra da razoabilidade, que veio abrandar a interpretação estrita do art. 1º. da Sherman Act.

Em 1950, surgiu o Celler Act, em 1976, o Hart-Scott-Rodino Act, logo após o Robinson-Partman Act e, em 1982, o Export Trading Company Act. Em 1984, por sua vez, surgiu o National Cooperative Research Act, cada um deles com uma determinação específica, em função das experiências e necessidades observadas no contexto do mercado americano.

No Brasil, a preocupação com o abuso do poder existe desde o Estado Novo em 1946. Contudo, a Lei 4.137 foi promulgada somente em 1962, criando o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. O que se pretendia era reprimir e apurar o aumento dos preços pelo exercício exacerbado de poder. Nos anos 70, houve, porém, incentivo à concentração empresarial,¹⁸ pois nessa época acreditava-se que a concentração levava a

Concorrencial. Rio de Janeiro: Multifoco, 2016, p. 383-4.

¹⁸ Na verdade, nessa mesma época, houve a implementação de política econômica voltada a incentivos de natureza fiscal e empréstimos de recursos públicos para o setor privado, sem que houvesse a devida prestação de contas.

maior eficiência e fortalecimento do empresariado brasileiro, estimulando a economia de escala. Desse modo, não se percebia o mal causado pela concentração para a economia interna e, em especial, para o consumidor¹⁹.

Apesar da inclinação do Estado para defender o mercado, a atuação do CADE foi praticamente ineficaz, tendo em vista que todas as suas decisões foram anuladas pelo Judiciário. A explicação para esse fato é que não seria possível defender a economia tendo em vista que o objetivo desta era concentração; e ao mesmo tempo, não seria possível defender o livre mercado se este era controlado pelo Estado. Acresça-se a isso o fato de que havia forte componente de intervenção estatal na economia, ainda com caráter protecionista, expresso pelo controle de preços, por meio do tabelamento e o controle exercido pela SUNAB, que esvaziavam o exercício das funções do CADE.

Até 1988, o que se constatou foi paternalismo do Estado sobre a economia. Com a Constituição de 1988, instaurou-se outro cenário econômico e político no país, o que resultou na elevação da livre concorrência e da defesa do consumidor a princípios da ordem econômica. Essa mudança pode ser percebida na diferença entre o texto do II PND dos anos 70 e o artigo 173, §4º da Constituição Federal de 88.

II PND: Nessas condições, uma política de fusão de empresas nacionais - e o que se tem estimulado é exatamente isso, para adquirir escala econômica - significa: elevar a eficiência do setor, fortalecer o empresariado do País e aumentar o grau de competição daquele mercado. Sim, porque a existência de algumas empresas médias eficientes, ao lado das grandes, vitaliza a competição no setor, em vez de enfraquecê-la.

Art. 173, Constituição da República- Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

19 A expressão "consumidor" só se consolidou no Brasil a partir da sua inserção na CRFB/88.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

O mesmo constituinte deu tratamento diferenciado ao mercado, pois o integrou ao Patrimônio Nacional em seu artigo 219, devendo ser “incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país, nos termos da lei.”

Nesse diapasão, o constituinte impôs ao Estado não só a assunção do mercado interno como bem jurídico a ele pertencente como também incentivador de seu desenvolvimento, portanto, cabendo a ele tutelá-lo.

Com o advento da Constituição de 1988, o ambiente institucional mudou de feição, em especial, com as medidas liberalizantes do governo Collor, que geraram a necessidade de atuação da defesa da economia perante o abuso de poder. Nesse período foi promulgada a Lei 8.158/91, que criou a SNDE, que posteriormente se tornaria SDE - para a qual foi transferida parte da competência do CADE. A mudança do marco regulatório foi encarada como uma necessidade de modernização da política de defesa da economia. Porém o que se viu foi uma sobreposição dos órgãos, que resultou no seu fracasso. Além do bastante discutível recurso hierárquico para o Ministro da Justiça.

Marcos como o Plano Real e a globalização exigiram atualização da regulação existente e eliminação de barreiras. O mercado tornou-se competitivo e cada vez mais se viu a necessidade de uma legislação moderna, a exemplo de modelos estrangeiros bem-sucedidos. Transformar o CADE em autarquia, conceder mandato aos seus membros, estabelecer procuradores no Judiciário e dar instrumentos efetivos para a defesa da concorrência foram os principais pontos da Lei 8.884/94, que resultaram na maior independência dessa instituição frente ao Estado.

As agências reguladoras, por sua vez, surgiram de um cenário político-econômico de privatizações dos serviços públicos e da necessidade de inserir o mercado brasileiro num ambien-

te externo. Nesse ambiente, a Emenda Constitucional nº 19/98 trouxe reformulação do Aparato Estatal, introduzindo as Agências Reguladoras, na condição de agentes executivos da política gestada pelos níveis estatais superiores.

Na esteira da criação das Agências Reguladoras, deu-se a necessidade de interpretação dos espaços por elas ocupados e o do CADE, com vistas a evitar superposição e conflito no âmbito de ação e atribuição de cada um.

A regulação passou a ser o centro das reflexões e dos estudos, não podendo ser comparada à concorrência, ainda que haja competição entre os agentes regulados.

Destaque-se que²⁰:

A função regulatória, para além de expressar a imposição de normas, o faz de forma diversa das leis em sentido estrito. A técnica da regulação visa ao equilíbrio do setor específico ao qual se destina, pois, de acordo com a gênese da expressão, “regular” é harmonizar o ambiente econômico, portanto, as regras elaboradas em virtude dessa função não possuem o caráter geral de imposição a todos os segmentos da sociedade, mas tão-somente àqueles que se identificam com o setor específico.

Feitas essas considerações e voltando à defesa da concorrência e ao CADE, a Lei 8.884/94 englobou as funções preventiva e repressiva, transformando-o em órgão judicante e ainda podendo centralizar os poderes anteriormente dispersos.

Todas as modificações instituídas pela Lei 8.884/94 vieram para tornar mais claras as “regras do jogo”, gerando maior eficácia às decisões e à consecução das atribuições do CADE, que, ao lado das funções preventivas e repressivas, também desempenha outras de natureza educativa.

A função preventiva tem por objetivo a averiguação e a previsão futura de possíveis concentrações que visem ao domínio do mercado; já com a repressiva, o que se pretende é um controle das condutas abusivas daqueles que tendem a exercer o domínio

20 MARSHALL, Carla. Direito constitucional – Aspectos Constitucionais do Direito Econômico. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007, p. 207.

do mercado. Atualmente, a atuação repressiva surge com frequência em decorrência das práticas de cartel. Já a função educativa se faz presente na propagação da cultura de respeito e fomento de uma concorrência equilibrada²¹.

Após dois anos de sua afirmação como autarquia, o CADE, em 1996, se deparou com o caso Kolynos-Colgate. O caso foi marcante, pois introduziu conceitos básicos de análise de mercado, a saber: mercado relevante, estrutura de mercado, barreiras à entrada de outras empresas, concorrência potencial, possibilidade de entrada de novos produtos e diferenciação de produtos. A solução proferida pelo CADE, além de vanguardista, teve eficácia constatada ao longo dos anos. A decisão exigiu a retirada da pasta dental da marca Kolynos do mercado, em prol de uma nova marca, a Sorriso, que seria distribuída às regiões menos favorecidas, ou seja, áreas que não eram de interesse das empresas, pois não havia apelo econômico e onde o consumo era infinitamente menor ou, mesmo insignificante, se comparado a outras regiões. Tal imposição se deu, inclusive, no que tange ao valor do produto, no caso pasta dental, a ser ofertado àqueles “consumidores” por preço menor, visando ao acesso desse público, bem menos abastado.

Outro pronunciamento de extrema importância foi relacionado ao caso Ambev. Inicialmente, o que se pretendia era a fusão entre Antarctica e Brahma, apesar da concentração de mais de 70% do mercado de cerveja. O CADE aceitou, com restrições, tendo sido assinado um termo de compromisso cuja observância era obrigatória. Dentre as imposições, pode-se destacar a alienação da marca Bavaria, dentro de um leque de quinze determinações.

Até então o que se constatou foi um grande progresso na atuação do CADE. Porém foi com o caso Nestlé-Garoto que ficou evidente uma maior rigidez quanto à eficácia de suas decisões. Pela primeira vez, foi negado, de maneira integral, o provimento referente à fusão de duas grandes empresas. Até hoje o caso

21 Concorrência equilibrada aqui não é sinônimo de concorrência perfeita, pois essa inexistente de fato, uma vez que ao Estado cumpre estabelecer regras que coibam práticas espontâneas dos agentes econômicos, que, por lhes ser da essência, terão a tendência de agir de maneira a obter o máximo possível de espaço no mercado.

tramita no Judiciário, com possibilidade de anulação da decisão. Um fato gerador de polêmica em relação a esse caso foi a demora de seu julgamento, o que acarretou, com sua negação, prejuízo para os agentes econômicos, tendo em vista que além da perda econômica, estes sofrem com a burocracia para o desfazimento das operações já realizadas.

Outro exemplo que merece destaque se deu em 2009, quando foi analisado o polêmico caso Perdigão-Sadia. A proposta de fusão gerou inúmeras discussões quanto à defesa da concorrência, trazendo de volta ao debate conceitos de direito econômico já discutidos em casos anteriores. Para evitar a demora e driblar a burocracia de uma possível negação, foi assinado um termo de reversibilidade das operações, APRO – Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação, evitando maiores prejuízos, visto que não seria concretizada a operação antes da decisão final do CADE. Assim como no caso Kolynos-Colgate e Ambev, a proposta de fusão esbarrou no alto grau de concentração em mercados relevantes, sendo possível antecipar uma solução similar ao caso.

Conforme análise, retirada do Valor Econômico²²:

Nos casos das fusões consideradas complexas, a SDE tradicionalmente faz uma análise própria, que é diferente da Seae. No caso da união entre a Brahma e a Antarctica na AmBev, por exemplo, a Seae sugeriu a venda da marca Skol. Já a SDE concluiu que deveria ser vendida uma entre três marcas: Antarctica, Brahma ou Skol. Ao fim, o Cade determinou a venda da Bavária.

Pode-se perceber que a autonomia do CADE é fator de destaque, pois não seguiu nem o Parecer da SDE – Secretaria de Direito Econômico - nem o da SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico -, a primeira, do Ministério da Justiça, e a segunda, do Ministério da Fazenda.

Porém o que se viu foi inovador. A decisão de setembro de 2009 dispôs que a fusão seria autorizada para operações no mer-

22 BASILE, Juliano. SDE segue parecer e mantém restrições à criação da BRF. Valor Econômico on line, 05/07/2010.

cado externo, porém, internamente, as duas empresas continuariam atuando separadamente até julgamento final. A BR Foods foi criada para ser o agente econômico, em nível internacional, das duas organizações. Nessa ocasião, um componente político de destaque foi a crise financeira americana, que se iniciou em 2008 e se propagou para o restante do planeta. Tal fator deve ter sido considerado, até mesmo pelo fato de que, caso não houvesse a fusão entre a Perdigão e a Sadia, essa última iria perecer, destacando-se a utilização da teoria do *Failing Firm Defense*.

Segundo Roberta Ribeiro Fernandes:

Failing firm defense é uma teoria que surgiu no direito antitruste americano na década de 1930, aplicada ao caso International Shoe Co. versus FTC⁴. A Suprema Corte Americana entendeu que não haveria violação da seção 7 do Clayton Act se a empresa adquirida estava em crise e sem possibilidade de recuperação. Destarte, esta teoria descreve uma defesa a uma notificação de um ato de concentração entre concorrentes no caso de a empresa a ser adquirida se encontrar em situação de crise financeira e se for inevitável a saída dos seus ativos do mercado, caso não haja a aprovação do ato²³.

No Brasil, essa teoria foi invocada poucas vezes, mas certamente foi lembrada na ocasião de julgamento da fusão, pelo CADE, das empresas Perdigão e Sadia.

Apesar dos exemplos anteriormente citados, ao longo dos anos, foi sendo observada a necessidade de uma reforma para atualizar a legislação que rege o CADE. Em 2011, foi promulgada a Lei 12.529, que entrou em vigor em 29/05/2012 e trouxe algumas mudanças importantes, tanto no que tange à estrutura orgânica quanto a aspectos processuais, sem falar na identificação da abrangência da concentração.

A partir disso, afirma-se que, apesar da grande evolução do direito de concorrência no Brasil nos últimos anos, ainda há um longo caminho a ser percorrido para que se possa alcançar

²³ FERNANDES, Roberta Ribeiro. *Failing Firm Defense: utopia, teoria ou tese aplicável na análise antitruste brasileira?* <http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2013/viii-premio-seae-2013>, acesso em 23/03/2018.

verdadeira modernidade, em comparação com outros países. Os casos apresentados colaboraram para percepção da evolução e da defasagem dos preceitos que norteiam a economia interna. É em momentos de crise que são quebrados paradigmas e, assim, são dinamizados conceitos, normas e decisões.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve a pretensão de trazer à baila os principais aspectos das corporações, bem como sua relação com os modelos de intervenção do Estado, que, a partir de fins do século XX até o presente momento, ocuparam o universo jurídico e econômico.

A partir de paradigmas constitucionais e legais, as transformações e adequações do ambiente do mercado à evolução da própria sociedade e suas necessidades apontaram para o nível de complementariedade que a economia e o direito representam, podendo-se, inclusive, ousar dizer que a sociedade terá muito mais a ganhar se houver a possibilidade de avaliação de custos e consequentes benefícios a serem auferidos.

Os agentes econômicos, independentemente de seu porte, devem atuar de modo a cumprir sua função social, uma vez que, ao ser incentivada a sua criação e manutenção no mercado, colaboram de modo decisivo para o desenvolvimento econômico nacional.

6. REFERÊNCIAS

BASILE, Juliano. SDE segue parecer e mantém restrições à criação da BRF. *Valor Econômico on line*, 05/07/2010.

BOAVENTURA, João Maurício Gama, CARDOSO, Fernando Rodrigues, SILVA, Edison Simoni da, SILVA, Ralph Santos da e DONAIRE, Denis. Teoria dos Stakeholders e Teoria da Firma: um Estudo sobre a Hierarquização das Funções-Objetivo em Empresas Brasileiras. <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/FIN-B1387.pdf>, acesso em 23/03/2018.

COASE, Ronald. *The nature of the firm*. *Economica*, n.4, 1937, reimpresso em WILLIAMSON O. E e WINTER, S, eds., *The*

Nature of firm: Origin, Evolution, Development. Oxford University Press, 1991.

_____. *The problem of social cost. Journal of Law and Economics*, n. 3, 1960.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial. São Paulo : Saraiva, 1990.*

_____. *Direito Empresarial Estudos e Pareceres. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 1995.*

FERNANDES, Roberta Ribeiro. *Failing Firm Defense: utopia, teoria ou tese aplicável na análise antitruste brasileira?* <http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2013/viii-premio-seae-2013>, acesso em 23/03/2018.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1997.*

MARSHALL, Carla. *Algumas Reflexões preliminares sobre o novo marco legal da defesa da concorrência: Lei 12.529/11 in CURY, Ieda Tatiana (idealizadora). Lições de Direito de Propriedade Intelectual e Concorrencial. Rio de Janeiro: Multifoco, 2016.*

MARSHALL, Carla. *Desafios da Empresa na Constituição de 1988 in AZAR FILHO, Celso, OLIVEIRA, Fábio Corrêa e Souza e FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. Direito Constitucional no Terceiro Milênio. Rio de Janeiro: Quality-mark, 2010.*

MARSHALL, Carla C. *Direito Constitucional: Aspectos Constitucionais do Direito Econômico. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2007.*

PELUSO DE SOUZA, Washington Albino. *Primeiras Linhas de Direito Econômico. São Paulo: LTr, 1994.*

PESQUEUX, Yvon; DAMAK-AYADI, Salma. *Stakeholder Theory in Perspective. Corporate Governance. Bradford, 2005.*

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

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law. Little, Brown and Company. 1995.*

_____. *Antitrust Law*. University of Chicago Press. 1976.

_____. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SMITH, H. Jeff, *The Shareholders vs. Stakeholders Debate*. *Sloan Management Review*. Cambridge, Summer 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

WILLIAMSON. *O E Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*. *Administrative Science Quarterly*, 36. 1991.