



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

Ofício nº 180/ 2016 (Procuradoria) Rio de Janeiro, 08 de junho de 2016.

Ao Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

Ilustríssimo Senhor Márcio de Oliveira Júnior

A **ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** vem, pelo presente, cumprimentá-lo e diante da notícia do possível ato de concentração econômica entre as atividades da **Estácio Participações S.A e da Kroton Educacional S.A.**

Como é de sabença comum, ainda que haja um mercado para o ensino, a educação não pode ser tratada como uma mercadoria qualquer, como um insumo ou mera commodity. A depender de como esta é gerida, há uma drástica mudança na qualidade de vida do nosso povo. É através da medida de investimento em educação que se pode analisar o quadro econômico de uma nação. Quanto mais se investe na educação, maior a qualidade de vida e o nível de desenvolvimento de um povo; a recíproca também é verdadeira.

A notícia da possível aquisição, fusão ou mesmo da oferta hostil que pretende fazer a Kroton pela Estácio de Sá causa extrema preocupação a esta Entidade.

Uma operação de concentração de empresas é geralmente definida como um ato ou contrato cujas partes envolvidas deixam de ser centros decisórios autônomos, passando a atuar no mercado como um único agente em suas



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

atividades econômicas de forma permanente.¹ Isso quer dizer que as empresas se tornam algo mais do que a mera soma das partes, mas um novo todo composto por parte de cada uma delas.

Em primeiro lugar, vislumbra-se a possibilidade de haver grande prejuízo à concorrência no setor de ensino. Segundo o relatório da agência Educa Insights², a possível fusão dos grupos geraria, em 75 (setenta e cinco) cidades brasileiras, a concentração de mais de 30% (trinta por cento) dos alunos matriculados nas mãos desta “nova” instituição, superando o limite estabelecido por esse Órgão de defesa da concorrência. Haverá a concentração com a aquisição dos ativos, ocasionando a substituição dos órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial. Essa concentração, por ultrapassar o máximo previsto no art. 36, parágrafo 2º da Lei 12.529/2011, que é de 20% do mercado relevante, se configura como sendo prática que fere a concorrência.

Essa concentração horizontal é a forma mais comum e tradicional de eliminação da concorrência, pois se consubstancia na operação entre empresas do mesmo nível da cadeia produtiva, ou seja, concorrentes diretos. Portanto, tem por escopo neutralizar a concorrência entre os agentes atuantes no mesmo mercado, possibilitando a estes um aumento abusivo dos preços, sem o perigo de uma

¹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 21-22.

² <http://www.educa-insights.com.br/blog/por-que-kroton-e-ser-disputam-estacio/>



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

concorrência eminente por parte de outro agente que possua preços mais competitivos.

A preocupação com esse tipo de concentração diz respeito, basicamente, a três possíveis efeitos prejudiciais à concorrência (i) em mercados oligopolizados, pode haver um aumento da possibilidade de as empresas não envolvidas no ato de concentração adotarem um comportamento colusivo; (ii) formação de um agente em posição dominante, desestimulando a formação independente dos preços; e por fim (iii) em mercados menos desenvolvidos, pode levar um agente econômico à posição de monopolista.

Deste modo, basta que o ato de concentração prejudique de qualquer modo a livre concorrência ou resulte na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, conforme a situação do caso concreto, para ser considerado como ilegal, como prática atentatória à concorrência.

A mesma notícia diz expressamente que a fusão é vista como um bom negócio em termos de mercado, mas que, com certeza, influenciará na qualidade do ensino que não será prestado da mesma maneira, pois não há como ampliar as atividades desta maneira sem que se afete a qualidade do serviço prestado.

O que a matéria visa mostrar basicamente é que o processo de concentração pode levar ao comprometimento do funcionamento normal do



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

mercado, em razão do agrupamento do poderio econômico nas mãos de uma empresa. Isto é, corporificando-se o poder econômico privado nas mãos da empresa resultante da concentração, esta tem mais condições de influir nos resultados econômicos do mercado, de tal forma a dele retirar vantagens que a coloque em posição de superioridade perante as demais e em posição de domínio sobre os trabalhadores e consumidores.

De *per si*, verifica-se que esta análise meramente mercadológica da educação não leva em consideração o futuro do país, mas apenas os interesses puramente mercantis. Não se menciona, em nenhum momento, um interesse no incremento da qualidade do ensino ou os benefícios para os consumidores advindos da concentração.

Há dois princípios, basicamente, que devem reger a atividade econômica do país, no que tange aos seus objetivos estratégicos; àquilo que a Constituição espera da atividade econômica: a função social da propriedade e a livre concorrência. Ambos os princípios estão positivados no texto constitucional no capítulo destinado à “Ordem Econômica”, mais precisamente no artigo 170, incisos III e IV, respectivamente.

Mas o que isto quer dizer? Simples. Num sistema como o nosso, em que é livre a iniciativa das pessoas, que são estimuladas a empreenderem e produzir



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

riquezas, há necessidade de que se crie condições para que haja um mínimo de igualdade entre os mais diversos atores que desejem se desafiar ao assumir o risco de uma determinada atividade econômica. A essa paridade de condições, a esse ambiente em que nenhum dos atores goze de supremacia em relação aos outros para desenvolver sua atividade econômica, melhorar seu produto e criar condições em que a qualidade do produtor possa se apurar devido a um ambiente sadio de disputa entre os atores é que se denomina livre concorrência.

Todavia, essa liberdade de empreender, esse ambiente no qual os mais diversos atores do mercado atuam lhes obriga a seguir determinadas regras de conduta, determinados princípios de natureza moral, ética e legal. Essa responsabilidade da atividade da empresa, essa necessidade de dar à sociedade uma contrapartida. Essa contrapartida, esse fim social, é a chamada função social da propriedade.

Ora, qual é a função social de uma entidade que explora o serviço de ensino no país senão zelar pela qualidade do ensino e influir diretamente nos rumos do desenvolvimento do país?

Como dito anteriormente, a educação não é um produto qualquer e o mercado educacional não pode ser tratado como o de varejo, por exemplo. A educação é direito fundamental contido no artigo 6º, caput e 205, caput da Constituição da República Federativa do Brasil. É nela que repousa o sonho da



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

vida melhor de muitos brasileiros e brasileiras e por isso todo cuidado é pouco quando se pretende uma mudança desse porte no mercado educacional.

Esta preocupação é pertinente sob dois prismas: histórico e nacional. Pelo prisma histórico, há um problema do dano que uma aquisição deste porte pode gerar aos estudantes das instituições. Não é novidade que, recentemente, devido a uma dessas aquisições a Gama Filho e a Universidade da Cidade foram obliteradas do mapa.

Até hoje alunos e empregados sofrem na Justiça para recuperar diplomas, notas, terem reparados os danos morais, receberem os seus direitos trabalhistas, justamente por uma desastrosa operação de concentração das atividades com o Grupo Galileo Educacional.

E não é só. Além do dano causado àqueles que diretamente tinham um vínculo com a universidade, houve um grande dano de ordem econômica para o Estado do Rio de Janeiro. O campus de Piedade da Gama Filho, por exemplo, era um polo econômico importante do subúrbio do Rio de Janeiro. A economia local girava em torno da universidade, e o fim de suas atividades gerou um drama econômico e social para aqueles que dependiam de seu funcionamento.

Sob o aspecto nacional, causa espécie a esta Entidade controle de tamanho complexo de ensino, espalhado pelos mais diversos entes da federação, ficar na



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

mão de uma só empresa. Isto é dizer que grande parcela daqueles que não têm condições de cursar o ensino superior nas universidades públicas, ou seja, a parcela mais proletarizada da nossa população, ficará à mercê de um único grupo de ensino, com interesses estritamente mercadológicos, que a qualquer tempo, motivados por interesses puramente econômicos, poderiam, simplesmente, dar fim às suas atividades, sem se preocupar com o dano que poderia ser causado ao Brasil.

Não nos parece razoável tamanha concentração e tamanho poder numa área tão sensível para o país fique concentrado na mão de uma única empresa.

A título de exemplo, segundo os dados do INEP de 2014, caso se concretize a operação, essa nova empresa deterá 16% do mercado de estudantes de direito, sendo 21% dos alunos ingressantes no curso. No geral, em termos de cursos presenciais, seriam 17% do total de alunos e 21% dos ingressantes. Contudo, é no mercado de educação à distância que os dados são alarmantes. Caso a concentração econômica seja realizada eles administrarão 48% do mercado de estudantes na modalidade à distância e 50% dos que ingressam no ensino superior nesta modalidade.

A concentração e o monopólio das vagas do ensino superior privado na mão de uma única empresa é um desserviço ao país. Não há proteção na legislação pátria – a não ser evitar que esta concentração ocorra –, que tenha o condão de



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

impedir a exposição desnecessária, descabida e desproporcional dos alunos já matriculados e daqueles que um dia pleiteiam o ingresso no ensino superior a eventuais danos que possam surgir dessa concentração. Como citado anteriormente, o exemplo recente do grupo Galileo é hipótese clara do colapso, em termos de ensino, que o tratamento da educação como mera mercadoria e como um setor como outro qualquer da economia pode gerar.

Para exemplificar este caso, se faz prudente a análise de Paula Forgioni, para quem:

“a concentração do poder [...] colocava em risco a estabilidade do sistema, e o meio encontrado para eliminar os efeitos “autodestrutíveis” dessa mesma concentração foi (i) combater o formação de grandes núcleos de poder econômico, ao mesmo tempo em que (ii) se procurava controlar o exercício desse poder. Como consequência dessa postura, na opinião de Fox e Sullivan, durante os governos americanos de Eisenhower, Kennedy, Johnson, Nixon, Ford e Carter, o seguinte entendimento orientava a política das concentrações: “que grandes concentrações levaram à inércia, produziram inúmeras ineficiências e, assim, causaram custos mais elevados, reduziram a inovação e a capacidade de responder rápida e flexivelmente a mudanças de mercado e a aumento de preços.”



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

Há exceção à regra do monopólio? Sim. Claro. Mas só quando respeitadas determinadas regras, quando se pretende atingir determinados fins. Assim dispõe o artigo 88 da Lei 12.529/2011:

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

[...]

§ 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



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes. (grifos nossos)

Resta evidente, diante dos dados apresentado,s que se está em verdadeira situação de prática anti-concorrencial. Não há como, em muitos lugares do país, os estudantes se defenderem em caso de preços abusivos. Não restará alternativa. Não haverá competição entre atores de mercado. Será verdadeira situação de monopólio, prática que esse Órgão tem o dever de combater.

Não houve – e não há – nenhuma das exceções previstas na legislação autorizando a concentração das atividades. Como demonstrado no decorrer do ofício, não houve sinalização de benefício econômico ao consumidor, desenvolvimento tecnológico ou incremento da qualidade do serviço. Não atingidas tais condições previstas na legislação, se torna inviável e ilegal a concentração de atividades pretendida.

Esta prática deve ser combatida assim que o CADE tiver ciência do fato, já em caráter liminar. O controle preventivo está previsto no art. 84 da Lei n. 12.529/2011, o qual preceitua que os atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar no domínio do mercado relevante de bens e serviços,



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

deverão ser submetidos à apreciação do CADE e que este tem o condão de agir preventivamente para impedir o desequilíbrio causado.

Diante de todo exposto, tendo em visto o manifesto dano à livre concorrência e à ordem econômica caso a transação de concentração econômica entre as entidades aqui referidas seja concretizada, é que esta OAB/RJ apresenta a presente denúncia a esse Órgão protetor da concorrência, com base no artigo 88, § 5º da Lei 12.529/2011, no intuito de ver negada a autorização para a concentração das atividades dessas empresas.

Aproveito o ensejo para apresentar os protestos de estima e consideração.

Fábio Nogueira Fernandes
Procurador-Geral da OAB/RJ

Thiago Gomes Morani
Subprocurador-Geral da OAB/RJ