



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

---

RAFAELA MATTIOLI SOMMA

**INTERVENÇÃO DO ESTADO NOS ATOS DE  
CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL E A BUSCA DE UMA  
CULTURA CONCORRENCIAL**

---

Londrina

2010

RAFAELA MATTIOLI SOMMA

**INTERVENÇÃO DO ESTADO NOS ATOS DE  
CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL E A BUSCA DE UMA  
CULTURA CONCORRENCIAL**

Dissertação apresentada como requisito para  
obtenção do título de mestre do programa de  
Mestrado em Direito Negocial da Universidade  
Estadual de Londrina.

Orientadora: Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Martha Asunción  
Enriquez Prado

Londrina

2010

RAFAELA MATTIOLI SOMMA

**INTERVENÇÃO DO ESTADO NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO  
EMPRESARIAL E A BUSCA DE UMA CULTURA CONCORRENCIAL**

Dissertação apresentada como requisito para  
obtenção do título de mestre do programa de  
Mestrado em Direito Negocial e Política  
Social da Universidade Estadual de Londrina.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Martha Asunción Enriquez Prado  
UEL – Londrina - PR

---

Profa. Dra. Márcia Regina Gabardo da Camara  
UEL – Londrina - PR

---

Prof. Dr. Bianco Zalmora  
UEL – Londrina - PR

Londrina, 13 de dezembro de 2010

*A Deus, por seu infinito amor e por ter me guiado até aqui, em sua eterna bondade.*

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu pai Marcos Domingos Somma por me ensinar a magia da leitura e a paixão pelos livros e a minha mãe Marisa de Sampaio Mattioli Somma por me ensinar a ser forte diante das tribulações da vida. E a ambos, cujo amor e dedicação imensuráveis me fizeram crer mais forte, eternos responsáveis por toda minha formação, verdadeiros espelhos para a vida inteira.

A meus irmãos Fernando Mattioli Somma e Giovana Mattioli Somma, que me apoiaram em cada momento, trazendo consigo, pelo simples fato de existirem, a certeza de que nunca estarei sozinha.

Aos meus avós, os deste plano e os presentes no superior, tão orgulhosos com minhas conquistas, sem muitas vezes saberem que elas somente foram possíveis em virtude da presença deles em minha vida.

A minha orientadora Martha Asunción Enriquez Prado pela atenção dispensada a todo momento, hoje verdadeira amiga, e, sobretudo, pela humildade característica dos profundos sábios.

Aos mestres da Universidade Estadual de Londrina, pelas lições que foram muito além das lecionadas na sala de aula.

Aos amigos verdadeiros que fiz em Londrina e que levarei comigo para sempre, pela constante presença e carinho.

Àqueles que eu já trazia em mim por ter tido a oportunidade de com eles conviver e, principalmente, viver, por terem concedido parte de si mesmos para compor meu eu.

A todos que, direta ou indiretamente, me auxiliaram na elaboração deste trabalho.

A Jesus Cristo, por cada dia me provar que tudo é possível.

Obrigada!

*“Não peça tarefas iguais a suas forças. Ore por forças iguais a suas tarefas. Você nunca se tornará verdadeiramente espiritual se ficar sentado desejando sê-lo. Você tem de fazer alguma coisa tão grande que não possa realizá-la sem auxílio.”*

*Phillips Brooks*

SOMMA, Rafaela Mattioli. **Intervenção do Estado nos atos de concentração empresarial e a busca de uma cultura concorrencial**. 117f. 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2010.

## RESUMO

O intuito da presente pesquisa é o estudo dos atos de concentração e a necessidade de desenvolver uma cultura da concorrência junto ao empresariado nacional. Da análise dispositivos constitucionais atinentes ao domínio econômico extrai-se o mandamento de convivência harmônica da liberdade de iniciativa e de concorrência e da intervenção do Estado sobre o domínio econômico, realidade que somente pode ser alcançada através de um firme compromisso das empresas de agir eticamente em cada um dos segmentos e momentos do desempenho empresarial. Em um primeiro momento, o trabalho versa sobre a evolução dos modelos de Estado, e partindo de elementos teóricos, passa a identificar as características do Estado Democrático de Direito instalado no Brasil com o advento da Constituição da República de 1988, focando a intervenção do Estado sobre o domínio econômico. Com base nos dispositivos constitucionais, legislação infraconstitucional e doutrina consagrados, apresenta um esboço do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com ênfase na análise dos atos de concentração empresarial e na atuação do CADE, fato este representativo da intervenção do Estado sobre o domínio econômico.

**Palavras-chave:** Livre iniciativa e livre concorrência. Intervenção do estado sobre o domínio econômico. Cultura da concorrência.

SOMMA, Rafaela Mattioli. **The State intervention in the entrepreneurial acts and the search of a competition culture.** 114p. 2010. Course Conclusion Work. (Master's Degree Program in Negotial Reight) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2010.

### **ABSTRACT**

The purpose of the current research is the study of the concentration acts and the need to develop a competition culture with the national entrepreneurship. From the constitutional devices analysis concerning the economical domain we extract the harmonic relationship commandment of the initiative freedom and competition and the State intervention in the economical domain, reality that can only be achieved that it can only be reached through a firm commitment of the companies to act ethically in every one of the segments and moments of the entrepreneurial performance. At first, the work deals with the evolution of State models, And from theoretical elements, identifies the characteristics of the Right Democratic State installed in Brazil with the 1988 Republic Constitution, focusing the State intervention in the economical domain. Based on the constitutional laws the legislation infraconstitutional and doctrine consacrated, shows a scope of the Brazilian Competition Defense System, focusing the entrepreneurial concentration acts and the CADE action, this fact representative of the State intervention in the economical domain.

**Keywords:** Free initiative and Free Competition. State intervention in the Economical Domain. Competition Culture.

## LISTA DE ABREVIATURAS

CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CF	Constituição Federal
Art.	Artigo
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>1 CARACTERÍSTICAS DO MODELO DE ESTADO DELINEADO NO BRASIL COM O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988</b> .....	14
1.1 EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE ESTADO .....	14
1.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	19
1.2.1 Princípios .....	22
1.2.1.1 Princípios constitucionais econômicos: livre iniciativa e livre concorrência .....	25
1.2.2 Intervenção do Estado sobre a Economia .....	30
<b>2 DIREITO DA CONCORRÊNCIA</b> .....	36
2.1 HISTÓRICO .....	36
2.1.1 Contexto Mundial .....	36
2.2 CENÁRIO CONCORRENCIAL NO BRASIL .....	38
2.2.1 Lei 8884/94 .....	39
2.2.1.1 Sistema brasileiro de defesa da concorrência .....	42
2.2.1.1.1 <i>Secretaria de Direito Econômico</i> .....	43
2.2.1.1.2 <i>Secretaria de Acompanhamento Econômico</i> .....	45
2.2.1.1.3 <i>Conselho Administrativo de Defesa Econômica</i> .....	45
2.2.2 Alterações Propostas pelo Projeto de Lei 5877/05 .....	49
<b>3 CONCENTRAÇÕES ECONÔMICAS</b> .....	55
3.1 CAUSAS E CLASSIFICAÇÃO .....	55
3.2 FORMAS DE CONCENTRAÇÃO PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO EMPRESARIAL BRASILEIRA .....	58
3.2.1 Incorporação .....	58
3.2.2 Fusão .....	59
3.3 COOPERAÇÃO EMPRESARIAL .....	59
3.4 MERCADO RELEVANTE .....	60
3.4.1 Mercado do Produto .....	62

3.4.1.1 Substitutibilidade da demanda .....	63
3.4.1.2 Substitutibilidade da oferta .....	64
3.4.1.3 Concorrência potencial.....	65
3.4.2 Mercado Geográfico .....	66
3.4.3 Mercado Temporal .....	67
3.5 CONTROLE DE ESTRUTURA.....	68
3.5.1 Finalidade: Prevenção do Abuso de Posição Dominante.....	69
3.5.2 Submissão dos Atos de Concentração ao Controle Estatal .....	74
3.5.2.1 Requisitos para aprovação dos atos de concentração.....	76
3.5.2.1.1 <i>Situação Excepcional</i> .....	78
3.5.2.2 Análise quantitativa e qualitativa dos atos de concentração pelo CADE .....	79
3.5.2.3 Momento do controle dos atos de concentração.....	82
<b>4 CULTURA DA CONCORRÊNCIA E SEUS EFEITOS NA SOCIEDADE .....</b>	<b>87</b>
4.1 RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL .....	88
4.2 COMPORTAMENTO ÉTICO DAS EMPRESAS.....	90
4.3 EFICIÊNCIA NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO E COMPROMISSOS DE DESEMPENHO.....	94
4.3.1 Eficiência nos Atos de Concentração .....	94
4.3.2 Compromisso de Desempenho .....	97
4.4 INCENTIVO AO DESENVOLVIMENTO DE UMA CULTURA DA CONCORRÊNCIA JUNTO AO PODER JUDICIÁRIO .....	103
4.5 A BUSCA DE UMA CULTURA CONCORRENCIAL COMO EQUILÍBRIO ENTRE A LIBERDADE DE INICIATIVA E DE CONCORRÊNCIA E A INTERVENÇÃO ESTATAL.....	105
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>109</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>111</b>

## INTRODUÇÃO

Cada Constituição é responsável pela instauração de um novo Estado, mas apesar da roupagem de um novo Estado, as Constituições acabam incorporando traços já esboçados pelos diversos modelos de Estado apresentados ao longo da evolução histórica.

O Estado, delineado no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, é dotado de características atinentes tanto ao Estado Liberal quanto ao Estado Social, quando se analisa o domínio econômico.

Com a consagração pela Carta Magna dos Princípios da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência confere-se aos agentes, que atuam no domínio econômico a prerrogativa de se comportarem de acordo com seus próprios interesses. No entanto, considerando que as liberdades constitucionais não são absolutas, a própria Constituição da República Federativa do Brasil determina a necessidade de intervenção estatal no domínio econômico.

Disposições, aparentemente antagônicas, como a liberdade de iniciativa e de concorrência e a intervenção do Estado no domínio econômico em verdade complementam-se, haja vista que se limitam reciprocamente. Exemplo disso são os atos de concentração econômica que se apresentam como corolário dos Princípios da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência e a necessidade de controle dos mencionados atos que, por sua vez, exsurtem como decorrência lógica da intervenção estatal prevista constitucionalmente.

Nesse contexto, o primeiro capítulo do presente estudo versa sobre as características do modelo de Estado delineado no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988. Aborda-se a evolução dos modelos de Estado, o Estado Democrático de Direito, os Princípios constitucionais econômicos da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência e a intervenção do Estado sobre a Economia. Salienta-se o controle dos atos de concentração, que incumbe aos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, e o papel relevante do Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, no desempenho deste mister.

No segundo capítulo aborda-se o histórico do Direito da Concorrência, bem como o atual cenário concorrencial do Brasil, abrangendo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Quando da análise dos atos de concentração pelos órgãos pátrios de defesa da concorrência, dois importantes aspectos são ressaltados, quais sejam: necessidade de definição do mercado relevante e determinação da finalidade do controle.

Consoante estudo realizado no terceiro capítulo do trabalho, o controle dos atos de concentração econômica pelo CADE ocorre com o intuito de evitar a prática de condutas anticoncorrenciais, que tenham como pressuposto a excessiva concentração mercadológica, a exemplo do que ocorre com o denominado abuso de posição dominante.

Verificado o nível de concentração, permitir-se-á ou não a celebração de determinado negócio jurídico entre os agentes econômicos, fato que implica, primeiramente, a imprescindibilidade de delimitação do mercado de referência. Submeter-se-á à apreciação do CADE apenas os atos de concentração econômica que se enquadrem nas especificações contidas na Lei 8884/94, que regulamenta a defesa da concorrência no Brasil. No entanto, tendo em vista o rigor desta determinação infraconstitucional, o foco dos órgãos pátrios de defesa da concorrência acaba por se cingir ao controle das estruturas mercadológicas, fato este que impossibilita maior atenção às condutas anticompetitivas.

Eis um dos aspectos que, trilhando o caminho dos países europeus e dos Estados Unidos, notadamente com maior experiência na área de defesa da concorrência, se propõe alteração por meio do Projeto de Lei 5877/05.

As eficiências, representadas pelas externalidades positivas que podem advir de um ato de concentração empresarial, acabam, em diversas ocasiões, por justificar sua aprovação, pelo que deve o CADE levá-las em consideração quando do controle de estruturas. Assim, em que pese a inquestionável importância da verificação dos atos de concentração econômica, a fim de evitar a ocorrência de abusos, não se pode olvidar a relevância de referidos atos para a economia nacional, para os consumidores e para a própria concorrência, aspectos estes que são objeto de análise no derradeiro capítulo deste estudo.

Há, portanto, que se buscar o equilíbrio entre a intervenção estatal, neste contexto, representada pela atuação do CADE frente aos atos de concentração econômica, e a liberdade das empresas que atuam no mercado, consistente na prerrogativa de se unirem, buscando a conquista de consumidores,

porquanto ambos os valores estão consubstanciados na Constituição Federal de 1988.

Finalmente, o desenvolvimento de uma cultura da concorrência manifesta-se importante fator na busca do equilíbrio entre os Princípios constitucionais da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência e a intervenção do Estado no domínio econômico por intermédio do CADE. Essa assertiva encontra guarida no fato de a conscientização do empresariado acerca da importância de manter uma concorrência no mercado ser suscetível de culminar com a desnecessidade de uma excessiva intervenção estatal, de modo que as empresas atuam mais livremente no mercado, atentas não só a seus anseios, mas, sobretudo, aos dos consumidores.

# 1 CARACTERÍSTICAS DO MODELO DE ESTADO DELINEADO NO BRASIL COM O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

## 1.1 EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE ESTADO

O atual modelo de Estado adotado pelo Brasil é permeado por características inerentes aos que lhe precederam pelo que seu estudo demanda, em um primeiro momento, uma análise da evolução das modernas concepções de Estado, do Absolutismo ao Estado Social.

O Estado Absolutista, primeira forma de Estado moderno, possui como maior teórico Hobbes, que por entender o homem enquanto um ser egoísta em seu estado de natureza, acreditava na necessidade da presença de um Estado forte e concentrado, sendo que a ausência destas características culminaria, inexoravelmente, na instalação de uma situação de guerra de todos contra todos, situação esta coincidente com a que vigia antes do advento do Estado Civil.

O fim último, fim ou desígnio dos homens (que apreciam, naturalmente, a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si para viver nos Estados, é a preocupação com sua própria conservação e a garantia de uma vida mais feliz. Ou seja, a vontade de abandonar a mísera condição de guerra, conseqüência necessária das paixões naturais dos homens, se não houver um Poder visível que os mantenha em respeito, forçando-os, por temor à punição, a cumprir seus Pactos e o respeito às Leis da Natureza.<sup>1</sup>

O Absolutismo tem na sua base dois elementos, quais sejam: o capitalismo e a monarquia. Pode-se afirmar, assim, que da junção de poder econômico, o qual é representado pela burguesia, com o poder político, decorrente da Monarquia, surge o Estado Absolutista, altamente intervencionista no domínio econômico.

Hobbes visava dar sustentação à Monarquia enquanto forma de governo, defendendo que o poder deveria concentrar-se nas mãos do monarca. Delineia-se, assim, uma forma de governo na qual o monarca possui poderes

---

<sup>1</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Ícone, 2008. Tradução Rosina D'Angina. p. 123.

ilimitados e aos cidadãos resta tão somente o dever de obedecer às ordens emanadas do titular da soberania absoluta e perpétua, a quem cabe também a atribuição de legislar.

Com o advento da Revolução Francesa, o Estado Absolutista cede passo ao Estado Liberal que se instala ou nas palavras de Paulo Bonavides: “o primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais, alcançou sua experimentação histórica na Revolução Francesa”.<sup>2</sup>

Defendido por Locke, que enfatiza o papel e a importância do Parlamento, atentando para a necessidade de se retirar poderes do soberano enquanto figura individualmente considerada, o Estado Liberal surge com conceitos totalmente distintos dos do Estado Absolutista, sobretudo no que atine ao estado de natureza e grau de intervenção no domínio econômico.

Imbuído do espírito que motivou as Revoluções Liberais ou, mais precisamente, com fundamento no Iluminismo francês do século XVIII, o Estado passa a se caracterizar pelo liberalismo, não só econômico, mas também moral e religioso, atingindo a liberdade “no sentido de não constrangimento pessoal. É o coroamento de toda luta do indivíduo contra a tirania do Estado.”<sup>3</sup>

No que atine às questões econômicas, a interferência do Estado foi praticamente suprimida nesse momento histórico, restando a regulação da Economia a cargo da denominada *Lei da Oferta e da Procura*. O mercado passa, então, a ser regido por suas próprias leis, sendo despendida a intervenção estatal no domínio econômico.

Os liberais pregam um Estado mínimo, que não deve intervir no domínio econômico, mas que não pode deixar de existir porque possui o monopólio da força e da segurança, que garantem o cumprimento dos contratos, tão necessários à dinâmica da Economia.

Tendo em vista a parca atuação estatal sobre a economia de mercado, vislumbra-se claramente a razão pela qual o Estado Liberal foi também denominado Absenteísta.

Ocorre que, da liberdade econômica, somada às consequências da Revolução Industrial, que perdurou durante todo o século XIX, exurgiu uma série de

---

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 42.

<sup>3</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 68.

abusos, fato este que tornou imprescindível uma ação racional do Estado no que tange à Economia capitalista.

Exatamente nesse sentido, aduz Paulo Bonavides:

O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a quem nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar.<sup>4</sup>

As crises econômicas do século XX trouxeram a certeza de que a auto-regulação da economia não era capaz de prover de equilíbrio e harmonia a sociedade cabendo, então, ao Estado a disciplina do comportamento dos agentes econômicos.

Em poucas palavras, o grande problema do Liberalismo pode ser traduzido pelo fato de que este sistema gerou a exclusão de grande parte da população. Paulo Bonavides elucida da seguinte forma as conseqüências advindas da implementação do Estado Liberal:

Aquela liberdade conduzia, com efeito, a graves e irreprimíveis situações de arbítrio  
Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos.<sup>5</sup>

Diante deste modelo teórico, a realidade demonstrou nitidamente a imprescindibilidade das intervenções do Estado. Faz-se necessária a implementação de mudanças na dinâmica da sociedade e da própria Economia. Com base nesses fatos, surgem importantes movimentos que constituirão o alicerce do que será posteriormente compreendido como Estado Social. São alguns desses movimentos, que ressaltam a necessidade de outra forma de organização social e de Estado: - Comuna de Paris, datada de 1871; Revolução Mexicana, ocorrida em 1910 e Revolução Russa, de 1917.

Observa-se, nesse contexto, o surgimento do Estado Social, o qual traz consigo a idéia de maior intervenção do Estado no âmbito econômico. Desponta, então, Keynes, que foi responsável por perceber que a dinâmica da

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 59.

<sup>5</sup> Id. ibidem.

Economia, tal qual se encontrava no Estado Liberal, era incapaz de, por si só, produzir efeitos positivos, suprimindo os anseios exteriorizados pelos revolucionários.

Em seu Dicionário de Economia, Paulo Sandroni, ao discorrer sobre Keynes, afirma que “as políticas por ele sugeridas conduziram a um novo relacionamento, de intervenção, entre o Estado e o conjunto das atividades econômicas de um país”.<sup>6</sup>

Pode o Keynesianismo ser definido, de acordo com os ensinamentos de Paulo Sandroni, como:

Modalidade de intervenção do Estado na vida econômica, sem atingir totalmente a autonomia da empresa privada [...]. Tais políticas propunham-se a solucionar o problema do desemprego pela intervenção estatal [...].<sup>7</sup>

Há, portanto, o abandono da feição liberal do Estado, convertendo-se este em Estado Social, o qual não preconiza uma mudança drástica na base da Economia, mas sim um Estado mais intervencionista e mais realizador, na tentativa de diminuir os efeitos colaterais da dinâmica da economia capitalista.

O Estado passa a ser responsável por dotar de efetividade os direitos sociais. Nas palavras de Alexandre W. Borges:

Era o Estado capaz de coordenar as atividades econômicas, planejando-as, suprimindo suas carências estruturais, atendendo às necessidades sociais, intervindo em seguimentos específicos e promovendo o bem-estar nacional.<sup>8</sup>

Os fins sociais e econômicos passam a integrar a atuação política do Estado, havendo, portanto, um alargamento das funções públicas, de modo que estas, nesse momento, abrangem também a necessidade de promoção do bem-comum e da justiça social.

Alexandre W. Borges mais uma vez ensina:

<sup>6</sup> SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia**. 5.ed. São Paulo: Best Seller, 1992. p. 162.

<sup>7</sup> Id. *ibidem*.

<sup>8</sup> BORGES, Alexandre Walmott. **A ordem econômica e financeira da constituição e os monopólios**: análise das alterações com as reformas de 1995 e 1999. Curitiba: Juruá, 2002. p. 32/33.

A forma-regime do capitalismo do século XX trouxe para o seio das Constituições uma parte destacada destinada a regular - juridicamente - a Economia. Campos antes intocados pelo Direito no liberalismo, conhecem agora uma dimensão jurídico-regulatória: a concorrência, o mercado, a empresa.<sup>9</sup>

Em que pese o papel assumido pelo Estado ter sido meramente regulador, em um primeiro momento essa situação não foi mantida, de modo que este passou a protagonizar a atividade econômica.<sup>10</sup>

Uma vez analisado como se estrutura o Estado Social no plano teórico, necessária demonstra-se a distinção entre o que se entende por Estado Social e Estado de Bem-Estar Social.

Identifica-se o Estado de Bem-Estar Social na experiência européia, mais precisamente no período iniciado após a Segunda Guerra Mundial, enquanto planejamento de recuperação. Caracteriza-se pelo fato de ser um Estado intervencionista, planejador e que visa a promoção da justiça social. Construído propositalmente, acabou por criar um sistema virtuoso na Europa que, por intermédio das propostas deste modelo de Estado, logrou atingir níveis satisfatórios de distribuição de renda.

Entretanto, a partir dos anos setenta, o mundo vivenciou a necessidade de alteração de paradigma, a qual teve por fundamentos a revolução tecnológica e o fenômeno da globalização.

Habermas elucida algumas das causas da crise do Estado de Bem-Estar Social:

A energia nuclear, a tecnologia de armamentos e o avanço no espaço, a pesquisa genética e a intervenção da biotecnologia no comportamento humano, a elaboração de informações, o processamento de dados e os novos meios de comunicação são técnicas de consequências intrinsecamente ambivalentes.<sup>11</sup>

E conclui o filósofo:

<sup>9</sup> BORGES, Alexandre Walmott. **A ordem econômica e financeira da constituição e os monopólios**: análise das alterações com as reformas de 1995 e 1999. Curitiba: Juruá, 2002. p. 94.

<sup>10</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 70.

<sup>11</sup> HABERMAS, Jurgen. A nova intransparência: a crise do estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. **Cadernos CEBRAP**. n. 18, São Paulo, 1987. p 105.

E quanto mais complexos se tornam os sistemas necessitados de controle, tanto maiores as probabilidades de efeitos colaterais disfuncionais. Nós percebemos diariamente que as forças produtivas transformam-se em destrutivas e que a capacidade de planejamento transforma-se em potencial desagregador.<sup>12</sup>

Instala-se, nesta oportunidade, um período de estagnação econômica, cumulado com o surgimento de inflação persistente, o que evidencia as falhas do Estado com fins sociais. Tendo em vista a nítida inadequação deste modelo Estado, observa-se que a atuação intervencionista é substituída pela retirada do Estado do âmbito econômico enquanto agente.

Tais fatos dão vazão a uma nova e atual concepção de Estado.<sup>13</sup> Surge, destarte, Neoliberalismo dos anos oitenta, consistente na “(re)valorização da ortodoxia do liberalismo”<sup>14</sup> e caracterizado pela diminuição do Estado, de modo que a livre iniciativa novamente ganha espaço para perpetrar a expansão de riqueza.

O Estado é substituído pelas empresas no âmbito econômico, mantendo sua atuação apenas em segmentos considerados estratégicos, tal qual a educação, a saúde e a segurança, sendo notável a forte tendência de retirada também destas searas.

Finalmente, as diversas concepções assumidas pelo Estado Moderno, que podem ser sintetizadas pelas figuras do Estado Absolutista, Liberal, Social e de Bem-Estar Social, servem como parâmetro para identificar o modelo de Estado adotado pelo Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988 e este, por sua vez, guarda íntima relação com o grau de intervenção estatal sobre o domínio econômico.

## 1.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

---

<sup>12</sup> Id. *Ibidem*.

<sup>13</sup> Disponível em: <[http://www.abphe.org.br/congresso2003/Textos/Abphe\\_2003\\_02.pdf](http://www.abphe.org.br/congresso2003/Textos/Abphe_2003_02.pdf)>. Acesso em: 16 abr. 2007.

<sup>14</sup> BORGES, Alexandre Walmott. **A ordem econômica e financeira da constituição e os monopólios**: análise das alterações com as reformas de 1995 e 1999. Curitiba: Juruá, 2002. p. 39.

O momento histórico, bem como a realidade social brasileira de 1988, demandaram um modelo de Estado com características próprias, que não se identifica em sua totalidade com qualquer dos modelos teóricos, mas que alberga importantes traços dos Estados Liberal e Social, o que justifica a explanação sobre os diversos modelos de Estado surgidos ao longo da evolução histórica antes de se buscar compreender o adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O advento de uma Constituição é sempre responsável pelo surgimento de um novo Estado, pelo que se pode afirmar que, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, surgiu um Estado até então inexistente.

Após ser submetido durante décadas ao regime ditatorial, tem-se, de acordo com os ensinamentos de Willis Santiago Guerra Filho, que o Brasil, com o advento da Constituição da República de 1988, instituiu um Estado Democrático de Direito, sendo esta afirmação reforçada pelo disposto no artigo 1º da Carta Magna.<sup>15</sup>

**A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo inaugural, afirma que a “República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito”<sup>16</sup>.**

**Em que pese a redação do artigo 1º da Constituição Federal consagrar um Estado Democrático de Direito, é cediço que sua concretização demanda um processo lento, que necessita de mecanismos eficazes.**

O atual modelo de Estado confere extremada importância aos princípios trazidos pelo texto constitucional, princípios estes responsáveis pela atribuição do qualificativo Democrático de Direito ao Estado, que se instalou no Brasil em decorrência da promulgação da Constituição Federal de 1988.

**Pode-se afirmar, considerando a mencionada relevância dos princípios para um Estado Democrático de Direito, que a aplicação dos mesmos é de suma importância na busca da concretização dos fins almejados pelo Estado.**

---

<sup>15</sup> GUERRA FILHO *apud* GOMES, Sérgio Alves. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. p. 71.

<sup>16</sup> Artigo 1º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I. a soberania; II. a cidadania; III. a dignidade da pessoa humana; IV. os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V. o pluralismo político. Parágrafo único: Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Historicamente, o Estado Democrático de Direito teve como antecessores o Estado Absolutista, o Estado Liberal e o Estado Social.

O Estado Democrático de Direito traz em seu bojo o Princípio do Estado de Direito e o Princípio Democrático, tal qual muito bem exposto pelo eminente jurista Sérgio Alves Gomes<sup>17</sup>, quem ainda afirma que o Estado Democrático de Direito busca superar os paradigmas que o antecederam, uma vez que nem o Estado Absolutista, nem o Liberal e, tampouco, o Social foram suscetíveis de realizar os valores básicos da convivência humana.<sup>18</sup>

Portanto, da necessidade de superação dos modelos absolutista, liberal e social de Estado surge o Estado Democrático de Direito, o qual possui como cerne a realização dos direitos fundamentais, verdadeiros princípios constitucionais que se dividem nas seguintes categorias: direitos civis, direitos políticos, direitos econômicos, direitos sociais e direitos culturais.

Dentre os princípios constitucionais ressaltar-se-ão, por configurarem verdadeiro substrato de estudo que verse sobre qualquer forma de intervenção do Estado no domínio econômico, dois dos princípios vinculados à ordem econômica, quais sejam: Princípio da Livre Iniciativa e Princípio da Livre Concorrência.

Antes de adentrar na análise propriamente dita dos princípios, imperioso mencionar que a Constituição Federal de 1988, ao versar sobre a ordem econômica, consagrou características atinentes tanto ao Estado Liberal quanto ao Estado Social.

Os princípios da livre iniciativa e livre concorrência retratam o liberalismo, ao passo que a previsão de intervenção do Estado no e sobre o domínio econômico, também consubstanciada no texto constitucional, revela aspecto social do Estado surgido no Brasil em 1988, no que tange à Economia.

Portanto, da análise dos diversos modelos de Estado, bem como do disposto na Constituição da República 1988, extrai-se que, no que atine ao domínio econômico, o atual modelo de Estado é dotado de traços representativos dos Estados Liberal e Social, pelo que se demonstra imprescindível o estudo desses

---

<sup>17</sup> GOMES, Sérgio Alves. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, p. 71.

<sup>18</sup> GOMES, Sérgio Alves. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, p. 78.

aspectos, os quais, conforme abordado, se materializam na previsão constitucional dos princípios da ordem econômica e da intervenção estatal sobre o mercado.

### 1.2.1 Princípios

Ao contrário do pensamento historicamente delineado pelos denominados juscivilistas, que atrelavam os princípios às leis mediante uma relação de subordinação, de modo que os princípios possuíam a função de servir à lei, sendo desta dependentes, atualmente observa-se que os mesmos foram elevados à categoria de fundamento, tendo sido, pois, eleitos para embasarem o sistema constitucional.

Os princípios, demais de fundamentarem todo o disposto na Constituição, também servem de orientação para o intérprete, uma vez que são dotados de função axiológica de grande relevância.

Durante os períodos históricos caracterizados pelo predomínio das correntes filosóficas do Jusnaturalismo e do Positivismo, a distinção entre normas e princípios era de suma importância. Enquanto as normas eram entendidas como comandos obrigatórios, de cumprimento necessário, na exata medida de suas prescrições, aos princípios conferia-se o *status* de mero conselho do legislador, configurando, pois, apenas diretrizes a pautarem a atuação do intérprete.

Com o advento do Pós-Positivismo ou Neoconstitucionalismo, tendo em vista a importância atribuída aos valores, os princípios foram elevados à categoria de norma jurídica, pelo que não mais se faz referência à distinção entre normas e princípios. A norma se estabelece como gênero, do qual são espécies os princípios e as regras.

Nessa trilha, e de acordo com Humberto Ávila, existem três critérios a serem utilizados para a diferenciação dos princípios e regras.

O primeiro deles tem por base a abstratividade ou generalidade. Em que pese o fato de tanto os princípios quanto as regras serem dotados desta característica por não possuírem destinatários certos, os princípios são mais abstratos que as regras.

Outra diferença reside na dimensão da importância, peso ou valor, tratada por Robert Alexy, pois, apesar de os princípios e as regras possuírem a dimensão da validade, tão somente os princípios são eivados da dimensão da importância, dimensão esta caracterizada pela elevada carga axiológica que permeia os princípios.

Por fim, distinção também existe no campo da aplicação ou atuação prática.

Em sua dissertação de mestrado, apresentada junto à Universidade Federal do Paraná, Vinícius Klein, ao recorrer ao pensamento de Ronald Dworkin, esclarece que as regras impõem resultados, possuindo aplicação automática e devendo, destarte, ser aplicadas na medida exata de suas prescrições, porquanto, obedecem à lógica do tudo ou nada.

Para Ronald Dworkin pode-se diferenciar as regras e os princípios na seara de sua aplicação. As regras, quando colidem, são suscetíveis de um juízo de tudo ou nada (*all or nothing*).<sup>19</sup>

Os princípios a seu turno são, consoante ensinamento de Robert Alexy, mandamentos de otimização, ou seja, normas que determinam que algo seja cumprido na maior medida possível, de acordo com as possibilidades reais e jurídicas existentes:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas.<sup>20</sup>

José Joaquim Gomes Canotilho, que define o sistema jurídico como um sistema normativo aberto de regras e princípios, sendo que ambos constituem espécies do gênero normas, elucida com propriedade:

<sup>19</sup> KLEIN, Vinícius. **Os fins do direito concorrencial e a ordem econômica constitucional**. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2004. Apresentada sob orientação da Professora Doutora Márcia Carla Pereira Ribeiro no programa de Mestrado da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2004.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 86.

Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita do texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.<sup>21</sup>

**Luís Roberto Barroso, por sua vez, ao abordar o princípio enquanto norma, o faz nos seguintes termos:**

A superação histórica do Jusnaturalismo e o fracasso político do Positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O Pós-Positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição da relação entre valores, princípios e regras, aspectos que a chamada Nova Hermenêutica Constitucional, e a Teoria dos Direitos Fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.<sup>22</sup>

**Paulo Bonavides ressalta o fato de que os princípios, no momento em que passam a ser compreendidos como normas, são elevados à categoria de fundamento do ordenamento jurídico, configurando, outrossim, meio para sua interpretação:**

[...] convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais. Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento.<sup>23</sup> Os princípios fundamentais da Constituição, dotados de normatividade, constituem, ao mesmo tempo, a chave de interpretação dos textos constitucionais.<sup>24</sup>

**Do exposto contata-se que aos princípios é atribuída a congruência e o equilíbrio de um sistema jurídico legítimo. Este fato justifica o posicionamento dos princípios no ápice da pirâmide normativa elevando-se, destarte, ao grau de norma das normas.**

**Em suma, pode-se afirmar, quando se está diante de um Estado**

<sup>21</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 171.

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 336.

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 289.

**Democrático de Direito, que os princípios são a viga-mestra do sistema, haja vista que a eles é atribuída importância tal que somente a implementação dos mesmos é suscetível de conferir legitimidade às regras infraconstitucionais e até mesmo às consubstanciadas na própria Constituição.**

A mera previsão constitucional dos direitos fundamentais na Carta Magna nada significa caso referidos princípios não encontrem efetividade na realidade social, do que se extrai que Estado Democrático de Direito não é apenas aquele que é sustentado e orientado por princípios fundamentais, mas sim e, sobretudo, aquele que garante a aplicabilidade prática desses direitos que foram proclamados pela Constituição.

Constata-se que a Constituição Federal, por intermédio da afirmação de uma série de princípios, delinea os traços principais da ordem econômica. Esta ordem econômica constitucionalmente estabelecida também condiciona a atuação do legislador ordinário, do que se extrai que a nenhuma lei infraconstitucional é atribuída a prerrogativa de contrariar os princípios definidores da ordem econômica consubstanciados na Magna Carta, sob pena de desvirtuar-se o Estado Democrático de Direito instituído no Brasil.

#### 1.2.1.1 Princípios constitucionais econômicos: livre iniciativa e livre concorrência

Como já elucidado, os princípios fundamentais assegurados na Magna Carta hão de pautar a interpretação e aplicação dos preceitos nesta consagrados.

Diversas são as denominações conferidas pelos doutrinadores ao conjunto de princípios constitucionais que versa sobre a Economia e, nesse sentido, valioso o ensinamento de PETER:

---

<sup>24</sup> Ibidem, p. 292.

Ao conjunto normativo positivado no texto constitucional que interfere na atividade econômica tem sido atribuída a designação *constituição econômica*. Tirante o excesso que a adjetivação induz e referido que a expressão não é pacificamente aceita, por *constituição econômica* há de se entender o conjunto de normas constitucionais que, exclusivamente ou não, regulam fatos que repercutem no modo de ser econômico da sociedade. É a regulação jurídica da Economia, no sentido mais amplo que esta afirmativa comporta.<sup>25</sup>

Os princípios que têm por objeto a ordem econômica são passíveis de serem encontradas em diversas passagens do texto constitucional e não apenas no artigo 170. Muito embora os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência estejam também consubstanciados no artigo 170 da Constituição Federal, a garantia do desenvolvimento nacional, por exemplo, enquanto objetivo fundamental da República Federativa do Brasil não o está, mas não deixa de configurar um preceito constitucional intimamente relacionado à ordem econômica.

O artigo 5º, inciso XIII, da Magna Carta, versando sobre os direitos individuais, consagra que: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Garante, assim, o exercício das atividades econômicas, que não pode ser proibido, em que pese ser passível de disciplina legal.

O artigo inaugural da Constituição da República Federativa do Brasil, dentre os fundamentos da República, em seu inciso IV, contempla a livre iniciativa, fundamental princípio que estabelece a liberdade de desempenho das atividades econômicas.

O artigo 170 da Constituição Federal, a seu turno, preconiza a busca pela excelência da ordem econômica, o que, consoante exegese do texto constitucional, é suscetível de ser aferido por intermédio da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, sendo que a finalidade da implementação dos princípios referidos é exatamente assegurar a todos uma existência digna.

No Título especificamente dedicado à disciplina da ordem econômica, mais precisamente, no *caput* do artigo 170, a Constituição Federal reafirma a livre iniciativa como um de seus pilares e, em seu inciso IV, consagra o princípio da livre concorrência, ao garantir indistintamente o direito a esta.

---

<sup>25</sup> PETER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 162/164.

A livre iniciativa, um dos princípios da ordem econômica, define-se, nas palavras de Lafayette Josué Petter, como “direito que todos têm de se lançarem ao mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco.”<sup>26</sup>

Referido princípio tem em sua base a liberdade de fins e de meios e, aplicado ao capitalismo, resulta no princípio da liberdade de iniciativa econômica, o qual, a seu turno, tem o fito de zelar não apenas pela liberdade de acesso ao mercado, mas também pela possibilidade de permanência no mesmo, garantindo a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica.

Ao versar sobre a livre iniciativa, Marcos Jurena Souto ensina que esta atinge e afeta não só as empresas que atuam no mercado, mas também o interesse do indivíduo, do cidadão e da massa de consumidores, que configuram objeto de especial proteção por parte da Constituição Federal:

Ora, a livre iniciativa, antes de ser um princípio da ordem econômica – CF, artigo 170, parágrafo único – é um direito do indivíduo – CF artigo 5º, XIII -, é um fundamento da República Federativa do Brasil – CF, artigo 1º, IV, in fine; logo, o direito preexiste ao Estado (e à Administração Pública), podendo ser condicionado por lei – CF, artigos 5º, II, e 170, parágrafo único – em prol do interesse coletivo.<sup>27</sup>

É evidente que uma lesão ao princípio constitucional em comento é suscetível de ensejar conseqüências prejudiciais às empresas que atuam no segmento do mercado atingido. No entanto, há de se ter em mente que, demais das empresas, todo o mercado é afetado, uma vez que em sendo a garantia constitucional da livre iniciativa lesada, todo o sistema capitalista é atingido. Por corolário, os direitos individuais dos cidadãos-consumidores acabam por ser flagrantemente prejudicados.

Neste esboço, tem-se a precisa manifestação de PETER:

A livre iniciativa, ainda, bem compreendida, não só consubstancia alicerce e fundamento da ordem econômica, como também deita raízes nos direitos fundamentais, aos quais se faz ínsita uma especial e dedicada proteção. Se o *caput* do art. 5º se encarregou de garantir o direito à liberdade, ao viés econômico ela ganha contornos mais precisos justamente na livre iniciativa.

<sup>26</sup> PETER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da CF. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 161.

<sup>27</sup> SOUTO, Marcos Jurena Villela. **Direito administrativo da Cenomia**. Curitiba: Lúmen Juris, 2003, p. 232.

Pois é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (CF, art. 5º, XIII), esta liberdade compreende também a liberdade de se lançar na atividade econômica, sendo então assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica (CF, art. 170, parágrafo único). Daí a arguta observação de que as leis restritivas da liberdade de iniciativa econômica devem observar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, funcionando como um limite negativo à atuação do legislador, vislumbrando-se nesta assertiva uma dignificante proteção da pessoa humana.<sup>28</sup>

Um segundo princípio econômico contemplado no artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil é o da livre concorrência, que consiste na possibilidade de utilização, com liberdade, das forças econômicas, de modo a estabelecer o preço dos produtos e serviços no mercado.

A liberdade situa-se no fato de a disputa entre os componentes do mercado realizar-se sem que haja interferência do Estado e, tampouco, imposição de obstáculos por parte dos demais concorrentes.

Alexandre de Moraes, colacionando os ensinamentos de Celso Barbieri Filho, Celso Bastos e Pinto Ferreira, entende que a livre concorrência é elemento fundamental para o desenvolvimento democrático da estrutura econômica, para o sistema capitalista e para a economia de mercado, configurando a pedra de toque das liberdades públicas no setor econômico.

Referido entendimento não tem escapado ao olhar atento do Supremo Tribunal Federal, que pacificou quanto ao surgimento e importância da livre concorrência:

A ordem econômica, segundo o modelo constitucional brasileiro, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por finalidade assegurar a todos existência digna, no rumo da justiça social, objetos que deverão ser atingidos mediante a observância dos princípios enumerados nos incisos I a IX do art. 170 da CF/88. Um desses princípios, por isso mesmo, viga mestra do sistema econômico, é o da livre concorrência. Quer dizer, tudo aquilo que possa embaraçar ou de qualquer modo impedir o livre exercício da concorrência é ofensivo à Constituição.<sup>29</sup>

Assim, decorre da efetiva concorrência a real possibilidade conferida aos atores econômicos de disputar mercado, através de melhores preços e condições de pagamento, fato este que se traduz em benefícios ao consumidor, que

<sup>28</sup> PETER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 163.

<sup>29</sup> Trecho do voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso, no julgamento da ADI 1094-DF.

terá liberdade de escolha, a qual, por sua vez, consiste em elemento da dignidade da pessoa humana.

A eliminação da concorrência possui como corolário o afastamento do próprio Princípio da Autonomia da Vontade, tão defendido pelos liberais capitalistas, uma vez que do consumidor é extirpada a possibilidade de escolha quando da contratação. A supressão do referido princípio culmina com afronta brutal à dignidade da pessoa humana, nesta oportunidade representada pelos consumidores.

Paula Forgioni, quando se refere à livre concorrência, correlaciona esta com a livre iniciativa:

Aos agentes é assegurada a liberdade de desenvolvimento de uma atividade econômica, e, para garantir a manutenção do sistema e das regras do jogo, colocam-se limites à atuação desses mesmos agentes, disciplinando seu comportamento no mercado. A disciplina da concorrência, então, coloca-se como correlata à livre iniciativa.<sup>30</sup>

A leitura dos dispositivos constitucionais já referidos conduz ao entendimento de que a regra geral é a liberdade de desempenho das atividades econômicas e, assim, quaisquer restrições e limitações devem ser excepcionais e plenamente justificadas. Extrai-se também que a liberdade de iniciativa ou de desenvolvimento das atividades econômicas não pode ensejar domínio dos mercados, mas, ao contrário, deve ser estimulada e garantida a concorrência entre as empresas privadas.

Tendo em vista a relevância da manutenção dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência no mercado, Marcos Jurena Souto ressalta a necessidade de intervenção estatal, na seguinte dicção:

[...] em uma economia livre ou de mercado como a nossa, é fundamental que exista a livre concorrência entre as empresas, pois através dessa liberdade de atuação e comércio é que se obtém a melhoria de qualidade nos produtos, o desenvolvimento tecnológico na fabricação e melhores opções ao consumidor ou usuário final.

Se a concorrência não é protegida e o mercado passa a ser dominado por poucos, sem que haja fiscalização governamental, a tendência é o aumento dos preços das mercadorias, a queda da qualidade dos produtos, a redução de alternativas de compra, a estagnação tecnológica, pois não existe competitividade que obriga ao aperfeiçoamento dos processos de

---

<sup>30</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 227

fabricação, através de pesquisas e adoção de métodos produtivos e administrativos mais eficazes.<sup>31</sup>

Constata-se, portanto, que a despeito da não interferência do Estado, caracterizadora da liberdade das empresas ao atuarem no mercado, incumbe àquele agir de modo a galgar a efetividade prática dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência e, para tanto, necessária se faz a intervenção, a fim de garantir que o mercado não seja permeado por práticas abusivas, suscetíveis de alterar seu equilíbrio.

Ao sintetizar a abordagem acerca da liberdade de iniciativa e de concorrência, Fernando H. Aguillar conclui:

[...] o princípio da liberdade de iniciativa é um direito do agente econômico em face do Estado, demandando uma abstenção deste, enquanto o princípio da livre concorrência é um direito do agente econômico em face de outro agente econômico, demandando não mais a omissão, mas a efetiva interferência estatal na economia.<sup>32</sup>

Destarte, percebe-se nitidamente que, em que pese os princípios da ordem econômica analisados possuírem cunho eminentemente liberal, os mesmos são mitigados pela possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico, aspecto este característico de um Estado Social e que a seguir será abordado.

### 1.2.2 Intervenção do Estado sobre a Economia

Tendo por cerne o domínio econômico, atualmente o Brasil é dotado de características atinentes tanto ao Estado Liberal quanto ao Social.

A liberdade de iniciativa e a intervenção do Estado representam facetas de modelos aparentemente contraditórios e que restaram albergados pelo texto constitucional. Entretanto, a intervenção estatal ocorre com vistas a garantir

---

<sup>31</sup> Souto, Marcos Jurena Villela. **Direito administrativo da Economia**. Curitiba: Lúmen Juris, 2003, p 257/258.

<sup>32</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 228.

que a liberdade de iniciativa não seja usufruída tão somente por alguns dos atores econômicos que, ao atuarem livremente no mercado, acabam por usurpar a liberdade dos demais partícipes.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Estado brasileiro, nas palavras de Lúaudio Camargo Fabretti, “deixou de ser intervencionista e passou a ser agente normativo e regulador da atividade econômica.”<sup>33</sup>

A necessidade de intervenção do Estado no domínio econômico demonstra que a livre concorrência não se cinge apenas à liberdade que se visualiza no mercado, mas se consubstancia também no conjunto de normas de política econômica.

Nesse sentido, a explicação de Alexandre de Moraes: “Existe, portanto, o que pode ser chamado um regime normativo da defesa da concorrência voltada ao restabelecimento das condições de mercado livre”, impondo-se concluir que “o princípio constitucional autoriza essa sorte de intervenção ativa no mercado, sem falar na negativa consistente na eliminação das disfunções e imperfeições”.<sup>34</sup>

A atuação estatal estabelece-se de modo a garantir o efetivo gozo dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, o que ocorre tanto por meio de normas jurídicas, que têm como principal escopo a proteção à concorrência, quanto através da fiscalização mercadológica, a fim de evitar e reprimir práticas abusivas.

A Constituição Federal consubstancia a possibilidade de o Estado intervir de maneira direta ou indireta na atividade econômica, sendo que Eros Grau denomina a primeira de intervenção estatal na Economia e a segunda de intervenção estatal sobre a Economia.

O artigo 174 da Carta Magna estabelece que a intervenção indireta consagra-se quando o Estado exerce as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

---

<sup>33</sup> FABRETTI, Lúaudio Camargo. **Incorporação, fusão, cisão e outros eventos societários:** tratamento jurídico, tributário e contábil. São Paulo: Atlas, 2001. p. 33.

<sup>34</sup> MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 3.ed. São Paulo: Atlas, p. 1838.

Constituição da República Federativa do Brasil

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

O artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, por sua vez, elenca, dentre os princípios da Administração Pública, o denominado Princípio da Eficiência, que possui como consectário o dever atribuído ao Poder Público de garantir respeito aos princípios da ordem econômica, sendo eficiente no controle das atividades econômicas desenvolvidas pelos particulares, de maneira a proporcionar a efetivação dos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência e impedir comportamentos irregulares, considerados prejudiciais ao mercado.

A intervenção do Estado nos atos de concentração empresarial também encontra embasamento constitucional na combinação entre o inciso IV do artigo 170 e o parágrafo 4º do artigo 173 da Constituição Federal.

Constituição da República Federativa do Brasil

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:

IV. livre concorrência

Art. 173. [...]

§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.

Dos dispositivos constitucionais transcritos extrai-se que a intervenção do Estado sobre o domínio econômico, promovida com vistas a fiscalizar a atuação das empresas que pretendem concentrar-se, possui como fundamento a manutenção da livre concorrência no mercado, uma vez que a exacerbada concentração mercadológica é suscetível de ocasionar práticas abusivas por parte dos agentes que neste atuam.

Nas palavras de Luciano Sotero Santiago: “A livre concorrência, como um dos princípios gerais da atividade econômica, deve ser protegida da hipertrofia do poder econômico que decorre da concentração econômica”.<sup>35</sup>

Tendo em vista que o Estado intervém nos atos de concentração empresarial a fim de fiscalizar a conduta dos agentes que atuam no mercado, de modo a evitar o falseamento do princípio da livre iniciativa, pode-se afirmar que, nesse caso, tem-se uma intervenção indireta, que se efetiva por intermédio da atuação dos órgãos de defesa da concorrência.

Incumbe, pois, ao Estado, por intermédio do CADE, reprimir o abuso de poder econômico que vise flagrantemente ocasionar prejuízos concorrenciais ao mercado sendo indiscutível que, a fim de cumprir o mister de conferir efetividade ao parágrafo 4º do artigo 173 da Constituição Federal, cabe a este órgão que compõe o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência coibir qualquer espécie de ofensa aos princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa.

No intuito de destacar a relevância da manutenção do princípio da livre iniciativa mesmo em situações que exigem a intervenção indireta do Estado, Lafayete J. Petter aduz:

Sendo a livre iniciativa um inestimável valor a ser preservado, deve-se proceder a um pertinente e judicioso balancete dos interesses conflitantes, que são ponderados e medidos segundo a devida hierarquização axiológica, para que, antes de ser anulado qualquer um deles, cuide-se mesmo de preservá-los, agindo em cada caso de forma mais interventiva ou liberal, mas sempre de modo a conferir concretude aos mais elevados princípios e valores da ordem econômica e da própria Constituição.<sup>36</sup>

Quanto à necessidade de observância de limites constitucionais e mercadológicos quando da intervenção do Estado, manifesta-se com clareza Luciano S. Santiago:

---

<sup>35</sup> SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência:** doutrina e jurisprudência. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 247.

<sup>36</sup> PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica** – o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 186.

Por conseguinte, os propósitos da intervenção estatal não poderão revolver as estruturas dos mercados, desconcentrando-os à força, mas acirrar a concorrência que se possa eficazmente estabelecer entre concorrentes equiparáveis entre si. Em outras palavras, a intervenção não pode ir ao ponto de modificar as características estruturais dos mercados atuais de bens e serviços, mas deverá atuar sobre eles, de forma a assegurar níveis aceitáveis de concorrência, o que significa possibilidades reais de acesso ao mercado, tanto do lado da oferta como do lado da procura.<sup>37</sup>

Portanto, nem a liberdade de iniciativa, nem a intervenção estatal podem ser implementadas de maneira absoluta, uma vez que, assim como a intervenção há de se dar nos estritos limites da preservação da liberdade, esta também deve nortear-se pelos anseios não só individuais, mas também da coletividade.

Lafayette Josué Petter entende que a atuação das empresas, mesmo nos Estados que consagram o princípio da livre iniciativa, não pode ser descompromissada, devendo, destarte, atentar para o interesse público. Nesse sentido, aduz:

A conclusão, no tocante aos limites impostos à livre iniciativa em hipotético diploma normativo, está em dar a devida guarida à esfera de liberdade do particular – que age, por ser livre, na busca de maior eficiência e lucratividade – mas, também, admitir seja normativamente valorado o efeito público que marca aquela atividade, agindo de tal forma para que o particular se predisponha na perseguição de fins constitucionalmente valiosos.<sup>38</sup>

Assim, a intervenção do Estado no domínio econômico somente deve ocorrer em situações excepcionais, ou seja, quando o mercado demonstrar que, caso continue regendo-se por si mesmo, a concorrência preconizada pela Carta Magna estaria em situação de risco.

Lafayette Josué Petter elucida a questão em comento:

Há mesmo uma dialética relação entre liberdade e abuso, sendo missão do Direito e dos seus operadores preservar a primeira e acautelar-se contra o segundo.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência:** doutrina e jurisprudência. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 36.

<sup>38</sup> PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica:** o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.

<sup>39</sup> Ibidem, p. 181.

Ainda:

[...] de acordo com o ideário liberal, há mesmo razões de ordem econômica e jurídica a barrar desmedidas intervenções do Estado na economia, aspecto amplamente regulado na Constituição Federal de 1988 [...].<sup>40</sup>

Tendo em vista que os princípios constitucionais são dotados de eficácia interpretativa, estes servem de base para a interpretação das normas infraconstitucionais, as quais devem ser compreendidas à luz dos mesmos, uma vez que o que se pretende em um Estado Democrático de Direito é que o constitucionalmente previsto encontre aplicabilidade na realidade social.

Desta feita, os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência hão de pautar a atuação do intérprete das normas infraconstitucionais, uma vez que somente quando estes forem efetivados na prática restará possível a concretização, nas palavras do doutrinador Sérgio Alves Gomes, de uma Democracia Substancial e não apenas Formal.<sup>41</sup>

A efetiva implementação do Estado Democrático de Direito no Brasil depende, destarte, do respeito aos Princípios Constitucionais de modo que, no que tange à ordem econômica, há que se ter em mente não só a importância atribuída à livre iniciativa e à livre concorrência, mas também que, tendo em vista a dificuldade de auto-regulamentação do mercado e, principalmente, a necessidade de que os agentes que neste atuam pautem suas condutas de acordo com os fins sociais que o norteiam, imperiosa se faz a intervenção do Estado em determinadas situações.

---

<sup>40</sup> Ibidem, p. 179.

<sup>41</sup> GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica e constituição no estado de direito democrático**. p. 70.

## 2 DIREITO DA CONCORRÊNCIA

### 2.1 HISTÓRICO

#### 2.1.1 Contexto Mundial

*Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade*, primeira lei antitruste contemporânea, consoante informação de Fernando Herren Aguillar, editada no Canadá, em 1889, objetivava a proteção da economia nacional frente à norte-americana.<sup>42</sup>

No entanto, dentre as manifestações legislativas acerca do Direito da Concorrência destacam-se as originárias dos Estados Unidos e da Alemanha.

Com o fito de proibir as restrições ao comércio, bem como a formação de monopólios, foi instituído, nos Estados Unidos, no ano de 1890, o *Sherman Act*, lei antitruste modelo para muitas das advindas posteriormente.

A promulgação do *Sherman Act* foi resultado do movimento antitruste, na tentativa de proteger o consumidor dos excessivos lucros dos monopolistas. Consoante ensinamento de Calixto Salomão Filho: “Não há uma preocupação inicial com a proteção do concorrente contra `práticas desleais` do outro concorrente.”<sup>43</sup>

Dividido em duas seções, o diploma legal ora analisado declarava a ilegalidade das concentrações de empresas suscetíveis de dificultar a realização das transações comerciais interestaduais (condutas bilaterais) e, ainda, classificava como crime a monopolização ou tentativa de monopolização do mercado (condutas unilaterais).

A punição pela transgressão às regras concorrenciais, nesta oportunidade, não levava em consideração o contexto mercadológico, de modo que

---

<sup>42</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**: do direito nacional ao supranacional. São Paulo: Atlas, 2006. p. 224.

<sup>43</sup> FILHO, Calixto Salomão. **Direito concorrencial**: as estruturas. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 63.

as condutas eram consideradas ilícitas por si mesmas. Nesse sentido, Fernando H. Aguillar:

[...] aplicou-se a regra segundo a qual são ilícitos por si mesmos os acordos restritivos da concorrência e a monopolização, não cabendo, portanto, nenhuma exceção legitimadora, na chamada ilicitude *per se*.<sup>44</sup>

Duas outras leis, surgidas em 1914, são de extrema relevância no histórico do Direito Concorrencial e constituem desdobramentos do *Sherman Act*. São elas: *Clayton Act* e *Federal Trade Commission Act*, tendo como principais fundamentos garantir a proteção contra as práticas desleais e definir o conceito de monopólio, uma vez que incertezas pairavam acerca da interpretação do *Sherman Act*.

Importante ressaltar que, antes da entrada em vigor das leis acima referidas, houve alteração do pensamento adotado quando da análise dos atos praticados no domínio econômico, de modo que estes não mais são considerados ilícitos por si mesmos, passando esta qualificação a depender da análise do mercado em que inseridos.

Acerca de referida mudança, originária de decisão da Suprema Corte e responsável pela introdução da regra da razão, manifesta-se Fernando H. Aguillar:

[...] decisão da Suprema Corte no caso *Standard Oil Co. v. United States*, em 1911, que introduziu a chamada *rule of reason*, ou regra da razoabilidade. Na prática, significava um abrandamento da interpretação estrita decorrente da ilicitude *per se*. Passou-se a levar em consideração que algumas condutas, ainda que tenham escopo de restrição da concorrência, podem trazer efeitos benéficos ou ganhos de eficiência.<sup>45</sup>

No contexto alemão, diferentemente do americano, observa-se que, quando do advento da primeira lei concorrencial naquele país, *UWG – Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, inexistia preocupação com a proibição das práticas inibidoras da concorrência no mercado, sendo seu único objetivo garantir a lealdade

<sup>44</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico:** do direito nacional ao supranacional. São Paulo: Atlas, 2006. p. 225.

<sup>45</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico:** do direito nacional ao supranacional. São Paulo: Atlas, 2006. p. 225.

na competição entre as empresas, já que maior importância era conferida ao fato de as práticas empresariais serem leais que à garantia de existência de uma efetiva concorrência no mercado.

Constata-se, pois, que a normativa da concorrência restou limitada à garantia do respeito a padrões éticos, sem se preocupar com a manutenção da concorrência em si, pelo que se abriu caminho para a formação indiscriminada de monopólios e cartéis.<sup>46</sup>

Entretanto, tendo em vista as conseqüências daí advindas, a Alemanha, posteriormente promulgou a *GWB*, lei esta que visava o efetivo combate às práticas concentracionistas, consubstanciada não na lealdade da competição, mas na proteção à liberdade de competir.

## 2.2 CENÁRIO CONCORRENCIAL NO BRASIL

Os aspectos históricos do direito da Concorrência no Brasil remontam aos textos legislativos surgidos nos Estados Unidos sobre o assunto. Pode-se dizer que no primeiro instrumento normativo brasileiro nesta seara, Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, utilizava-se dos conceitos trazidos pela legislação norte-americana.

A referida lei antitruste brasileira possuía o diferencial de apresentar uma preocupação concernente não apenas à garantia da liberdade concorrencial, mas também da lealdade quando do estabelecimento da concorrência.

Um aspecto que merece relevância neste diploma legislativo, e que não foi mantido pelos seguintes, é que apresentava, separadamente, as espécies de ilícitos que se fazem presentes no Direito da Concorrência, quais sejam: a constituição indevida de posição dominante, o abuso de posição dominante e a concorrência desleal, atribuindo a cada uma das categorias outros ilícitos a ela exclusivamente relacionados.

---

<sup>46</sup> FILHO, Calixto Salomão. **Direito concorrencial**: as estruturas. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 66.

Consoante ensinamento de Fernando Herren Aguillar, o Direito Concorrencial no Brasil, entretanto, apenas adquire expressão partir da década de 90, oportunidade na qual é utilizado como mecanismo de combate à inflação.

De fato, o direito concorrencial no Brasil somente veio a se fortalecer com a mudança do perfil regulatório, na década de 1990, que passou a privilegiar a competição como instrumento de controle de preços e qualidade de bens e serviços.<sup>47</sup>

Algumas alterações foram realizadas pela Lei 8.158, de 8 de janeiro de 1991, sem que houvesse a revogação da anterior. Finalmente, em 11 de junho de 1994 entra em vigor a Lei 8.884, substituindo os diplomas legais até então vigentes. Denominada Lei Antitruste, dedica especial atenção ao controle de concentrações.

#### 2.2.1 Lei 8884/94

Em patamar infraconstitucional, em atendimento às prescrições Constitucionais, editou-se a Lei Federal 8.884/94, denominada Lei Antitruste, a qual não só tipifica as condutas compreendidas como ofensivas à ordem econômica, mas também determina a atuação preventiva e repressiva dos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

A teleologia do diploma legal feito em referência é passível de ser extraída da análise do disposto no artigo 1º, uma vez que este bem esclarece o objeto da Lei ao versar sobre a necessária implementação dos princípios constitucionais econômicos por parte da legislação infraconstitucional.

##### Lei 8884/94

Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.

---

<sup>47</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**: do direito nacional ao supranacional. São Paulo: Atlas, 2006. p. 228/229.

Entre os principais aspectos de Lei *sub examine*, o artigo 15, que define os destinatários da Lei, aqueles que se encontram sujeitos a seu alcance.

Lei 8884/94

Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Os artigos 20 e 21 da Lei Antitruste, a seu turno, tipificam as condutas consideradas infrações à ordem econômica, ao passo que o artigo 54 versa sobre o controle dos atos de concentração, destinado exatamente a prevenir que o mercado seja permeado por práticas anticoncorrenciais decorrentes do abuso de posição dominante.

O texto legislativo em comento surgiu em virtude do dever-poder do Estado de "criar condições e instrumentos eficientes para materializar a livre concorrência de mercado no Brasil."<sup>48</sup> e

[...] consolidou no país os três principais elementos de uma moderna política de concorrência: a análise de fusões e aquisições, para evitar a concentração excessiva de mercado em poucas empresas ou para minorar seus danos, a investigação e repressão de condutas anticompetitivas e a promoção da concorrência.<sup>49</sup>

Observa-se, portanto, que a lei pátria de defesa da concorrência apresenta tanto uma função preventiva quanto repressiva, estabelecendo, destarte, regras para a realização de controle de estrutura e de conduta, respectivamente.

<sup>48</sup> PAMPLONA, Juliana Faria. **A importância do conceito de mercado relevante na análise antitruste (aspectos da Lei 8.884/94)**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8416>>. Acesso em: 20 jun. 2006.

<sup>49</sup> Secretaria de Acompanhamento Econômico; Secretaria de Direito Econômico; Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Texto elaborado por ocasião da cerimônia de assinatura, pelo Presidente da República, da mensagem de encaminhamento ao Congresso Nacional do Projeto de Lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, no dia 1 de setembro de 2005. Disponível em: <[http://www.fazenda.gov.br/Destaques/defesa\\_concorrancia\\_020905.pdf](http://www.fazenda.gov.br/Destaques/defesa_concorrancia_020905.pdf)>. Acesso em: 23 jun. 2006.

Estabelecidos os propósitos da Lei que, atualmente, regulamenta todo o Direito da Concorrência no Brasil, cumpre esclarecer em que consiste este ramo jurídico.

Dado o enquadramento do Direito da Concorrência na área do Direito Econômico, importante mencionar que esta pode ser distinguida das demais searas jurídicas pelo fato de ser constituída por normas que regem as relações intersubjetivas desde o prisma “da direção da política econômica pelo Estado”.<sup>50</sup>

Como desdobramento do texto constitucional, o Direito da Concorrência, tenta proteger o mercado de condutas arbitrárias por parte de qualquer dos agentes econômicos que nele atuam.

O Direito da Concorrência, além de controlar as condutas daqueles que operam no mercado, também se ocupa do controle da própria estrutura deste, estabelecendo uma ordem concorrencial suscetível de garantir a eficiência econômica, em benefício dos consumidores.<sup>51</sup>

Tendo em vista que a eficiência econômica somente pode ser atingida em um mercado permeado por liberdade, Fábio Ulhoa Coelho, assevera que o Direito da Concorrência é responsável por tutelar o exercício do direito à livre iniciativa.<sup>52</sup>

No mesmo sentido é o posicionamento de José Inácio Gonzaga Franceschini, que assim conceitua Direito da Concorrência:

[...] disciplina as relações de mercado entre os agentes econômicos e os consumidores, tutelando-lhes, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa, em prol da coletividade.<sup>53</sup>

Isabel Vaz também reforça a idéia ao asseverar que:

---

<sup>50</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 11.

<sup>51</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Introdução ao direito da concorrência**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 47.

<sup>52</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1. p. 188.

<sup>53</sup> FRANCESCHINI, op. cit., p. 8.

A noção tradicional de concorrência pressupõe uma ação desenvolvida por grande número de competidores, atuando livremente no mercado de um mesmo produto, de maneira que a oferta e a procura provenham de compradores ou de vendedores cuja igualdade de condições os impeça de influir, de modo permanente ou duradouro, no preço dos bens e serviços.<sup>54</sup>

Assim, tem-se que a própria finalidade do Direito da Concorrência somente é alcançada quando há a preservação dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, o que justifica o esforço deste ramo jurídico no sentido de possibilitar suas efetivas aplicações práticas.

Como elucidado, a Lei Antitruste corrobora, em sede infraconstitucional, o disposto na Constituição Federal no capítulo atinente à ordem econômica. A mera previsão legal, entretanto, não possui o condão de garantir a aplicabilidade dos princípios constitucionais por ela reproduzidos, pelo que a própria Lei 8884/94 atribui aos órgãos que compõem o denominado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência a missão de zelar pela implementação prática dos referidos princípios. Daí a necessidade de pormenorizar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

#### 2.2.1.1 Sistema brasileiro de defesa da concorrência

A proteção da ordem econômica, mais especificamente a política pública de defesa da concorrência, incumbe ao denominado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dotado de cunho administrativo.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é composto pelos seguintes órgãos: Conselho Administrativo de Defesa Econômica–CADE; Secretaria da Direito Econômico–SDE e Secretaria de Acompanhamento Econômico–SEAE.

Assim, tem-se que a Lei 8884/94 disciplina a atuação dos órgãos acima referidos, os quais, atualmente, são responsáveis pela defesa da concorrência no Brasil.

Luciano Sotero Santiago discorre acerca das atribuições do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: “a atribuição de julgar, aplicar, fiscalizar e

---

<sup>54</sup> VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 27.

supervisionar as políticas públicas de proteção da ordem econômica, na esfera da defesa da concorrência, é realizada, no âmbito administrativo, pelo denominado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [...]”.<sup>55</sup>

O trabalho dos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é desempenhado em duas frentes: de maneira repressiva, o que se observa quando da análise das condutas dos agentes que atuam no mercado, a fim de sancionar práticas consideradas anticompetitivas e de forma preventiva, consistente principalmente na verificação das estruturas mercadológicas, com o intuito de evitar que as concentrações empresariais ensejem prejuízos concorrenciais.

#### *2.2.1.1.1 Secretaria de Direito Econômico*

A SDE é órgão da Administração Direta Federal, pertencente ao Ministério da Justiça, cuja competência é definida pelo artigo 14 da Lei 8.884/94.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência: doutrina e jurisprudência**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 139.

<sup>56</sup> Lei 8.884/94. Art. 14. Compete à SDE:

- I – zelar pelo cumprimento desta lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado;
- II – acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso;
- III – proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica, a averiguações preliminares para instauração de processo administrativo;
- IV – decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos das averiguações preliminares;
- V – requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções;
- VI – instaurar processo administrativo para apuração e repressão de infrações da ordem econômica;
- VII – recorrer de ofício ao CADE, quando decidir pelo arquivamento das averiguações preliminares ou do processo administrativo;
- VIII – remeter ao CADE, para julgamento, os processos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica;
- IX – celebrar, nas condições que estabelecer, compromisso de cessação, submetendo-o ao CADE, e fiscalizar o seu cumprimento;
- X – sugerir ao CADE condições para a celebração de compromisso de desempenho, e fiscalizar o seu cumprimento;
- XI – adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento;
- XII – receber e instruir os processos a serem julgados pelo CADE, inclusive consultas, e fiscalizar o cumprimento das decisões do CADE;

Consoante ensinamento de Luciano Sotero Santiago, as funções desempenhadas pela SDE podem ser divididas em: “a) preventiva; b) repressiva; c) educativa; d) instrutória e ; e) investigativa”.<sup>57</sup>

Tem-se atuação preventiva nos casos elucidados nos incisos I, II e XI, uma vez que, tanto quando a SDE acompanha as práticas de mercado a fim de zelar pelo cumprimento da Lei de Defesa da Concorrência quanto quando busca prevenir infrações a ordem econômica ou promover sua cessação, age de modo a evitar a ocorrência de infração à ordem econômica.

O exercício da função repressiva tem lugar no momento em que o objetivo da atuação da SDE é sancionar infrações à ordem econômica já perpetrada, promovendo investigações preliminares e instaurando processo administrativo para apuração das práticas anticoncorrenciais, o que se observa nos incisos III e VI transcritos.

Ao desenvolver estudos e pesquisas e instruir o público acerca das formas de prevenção e repressão das infrações perpetradas contra a ordem econômica, nos moldes do descrito nos incisos XIV e XV do artigo 14 da Lei 8884/94, a SDE atua em prol da função educativa.

O inciso XII do artigo 14 da Lei Concorrencial pátria bem define a função instrutória da SDE, a qual consiste na angariação de provas a serem utilizadas pelo CADE nos julgamentos de processos atinentes às infrações à ordem econômica e aos atos de concentração.

O poder de investigação da SDE cinge-se à averiguação de situações que são de seu interesse, como bem elucidada o inciso V, responsável por definir os exatos termos nos quais se processa a função investigativa.

Outrossim, compete à SDE auxiliar o CADE administrativamente, fiscalizando as práticas realizadas no mercado e fornecendo orientação com relação às infrações da ordem econômica e atos de concentração empresarial.

---

XIII – orientar os órgãos da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta lei;

XIV – desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica;

XV – instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica, e os modos de sua prevenção e repressão;

XVI – exercer outras atribuições previstas em lei.

<sup>57</sup> SANTIAGO, Luciano Sotero. **O sistema brasileiro de defesa da concorrência**: doutrina e jurisprudência. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 146.

#### 2.2.1.1.2 Secretaria de Acompanhamento Econômico

Juntamente com a SDE, na instrução dos casos que, posteriormente, serão julgados pelo CADE, atua a SEAE, órgão que também compõe o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, porém está subordinado ao Ministério da Fazenda.

A SEAE é responsável pela formulação de pareceres técnicos acerca dos aspectos econômicos envolvidos nos atos de concentração e infrações à ordem econômica apresentados para julgamento no CADE. Os mencionados pareceres têm como destinatário o CADE, mas não são dotados de cunho vinculativo.

Demais disso, a Seae também desempenha função investigativa, sendo que as diligências implementadas e as provas produzidas devem servir para a solução de questões *interna corporis*.

Importa ressaltar que, na atualidade, observa-se concorrência no desempenho de funções entre os órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, porquanto a investigação referente aos atos de concentração e às práticas infracionais incumbe tanto pela SDE quanto à SEAE.

#### 2.2.1.1.3 Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Com o fito de reprimir, em âmbito administrativo, as infrações à ordem econômica, a Lei 4.137/62 criou o CADE, sendo que, posteriormente, a Lei 8.884/94 disciplinou com maior especificidade a atuação deste órgão integrante do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, de modo a tornar o controle mais efetivo.

Quando de sua criação, o CADE fazia parte da Administração Direta Federal, vinculando-se, em um primeiro momento, ao Conselho de Ministros e, posteriormente, ao Ministério da Justiça. Com o advento da Lei 8.884/94, passou a ser considerado Autarquia Federal, ocasião na qual lhe foi atribuída maior autonomia.

Trata-se de órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, o que, entretanto, não significa que o CADE exerça poder jurisdicional, uma vez que este compete exclusivamente ao Poder Judiciário e o CADE é órgão administrativo pertencente ao Poder Executivo Federal.

Ao CADE incumbem as mais diversas atribuições, dentre as quais merecem destaque, de acordo com Luciano Sotero Santiago:

a) decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas na lei; b) decidir os processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico; c) decidir o recurso de ofício do Secretário da Secretaria de Direito Econômico; d) ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica; e) aprovar os termos de compromisso de cessação de prática e do compromisso de desempenho; f) apreciar em grau de recurso as medidas preventivas adotadas pela Secretaria de Direito Econômico; g) apreciar os atos ou condutas, sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do artigo 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso; h) requerer a execução de suas decisões ao Poder Judiciário.<sup>58</sup>

Em um primeiro momento, cumpre ressaltar a competência do CADE para coibir a prática de infrações à ordem econômica. Entretanto, importante mencionar que, em sendo legítimo o exercício do poder econômico, o que se verifica no caso de o agente possuir poder de mercado e não utilizá-lo de maneira abusiva, prejudicando o interesse dos demais atores mercadológicos, desnecessária se faz a repressão por parte do órgão responsável por garantir a efetiva concorrência no mercado, uma vez que a simples detenção de parcela significativa do mercado não pode ser compreendida como conduta anticoncorrencial.

Neste sentido, assevera Carlos J. V. Gomes:

[...] declarar a ilicitude do poder econômico em si, o que não se admite, a teor do que dispõe, *a contrario sensu*, o §4º do art. 173, que, ao reprimir o *abuso do poder econômico*, implicitamente reconhece a licitude de tal poder em si e dado que a detenção de poder econômico, além de lícito em si, constitui fato comum no atual estágio do sistema capitalista, deve o Direito voltar-se para o controle do exercício abusivo do poder econômico.

[...] todo e qualquer abuso de poder econômico deve ser objeto do controle estatal, quer vise, quer não “à *dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*” (CF/88, art. 173, §4º).<sup>59</sup>

<sup>58</sup> SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência**: doutrina e jurisprudência. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 140.

<sup>59</sup> GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 90.

A Autarquia também desempenha outra função de suma importância, qual seja: realização do controle preventivo dos atos suscetíveis de, nos termos do artigo 54 da Lei 8.884/94, limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar dominação de mercado.

A definição da natureza jurídica das decisões do CADE é responsável por determinar a possibilidade ou não de revisão dos pronunciamentos deste órgão pelo Poder Judiciário.

Carlos Jacques Vieira Gomes, após mencionar o posicionamento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que defende ser o pronunciamento do CADE de natureza vinculada, comportando, destarte, controle judicial, manifesta-se:

[...] seja no controle repressivo, seja no controle preventivo, os fundamentos utilizados, tanto para condenar ou absolver determinada conduta como para aprovar ou reprovar dado ato de concentração, constituem, *essencialmente*, atividade vinculada e submersível, em toda a sua amplitude, ao controle judicial.<sup>60</sup>

Na defesa da possibilidade de realização, pelo Poder Judiciário, de análise das decisões proferidas pelo CADE, afirma José Inácio G. Franceschini:

[...] o recurso ao Judiciário não poderia ser impedido pela legislação de defesa da concorrência, posto que a isto se opõe o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, consagrado no art. 5º, inciso XXXV, cujo teor não deixa margem a dúvidas: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.<sup>61</sup>

Ainda com relação à possibilidade de revisão dos pronunciamentos do CADE, posicionou-se Fábio Ulhoa Coelho:

Seus pronunciamentos, em suma, a despeito das formalidades próximas às dos órgãos judiciais, não fazem coisa julgada e estão sujeitos sempre à revisão pelo Poder Judiciário, na mesma medida de todos os demais atos administrativos (CF, art. 5º, XXXV).<sup>62</sup>

<sup>60</sup> GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 101.

<sup>61</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Introdução ao direito da concorrência**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 26.

<sup>62</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1. p. 202.

Tendo em vista que as decisões do CADE possuem natureza administrativa, estas são passíveis não só de revisão na esfera administrativa, mas também de controle jurisdicional, por força do Princípio constitucionalmente previsto da Inafastabilidade da Jurisdição.

Demais do Princípio constitucional mencionado, a adoção do Sistema de Jurisdição Única pelo Brasil quando se analisam os mecanismos de controle do ato administrativo, impõe a sujeição dos mesmos ao controle judicial, controle este que tem por base a legalidade da decisão administrativa e não seu mérito.

Uma vez consolidado o entendimento no sentido de ser possível a submissão dos julgamentos do CADE ao Poder Judiciário, há que se perquirir acerca da extensão do exame judicial a ser realizado.

Maria Cecília Andrade muito bem elucida a questão ao se manifestar no seguinte sentido: “[...] o Poder Judiciário poderá rever as decisões do CADE em sua integralidade?” E continua a doutrinadora:

[...] caberia então ao Poder Judiciário intervir no mérito sim, pois, apesar de o julgador do CADE não estar vinculado aos pareceres técnicos das Secretarias, se ele não os aceita, tem a obrigação de fundamentar a sua decisão, sob pena de nulidade absoluta. Nesse ponto, indiscutivelmente, caberia a revisão do Poder Judiciário. E depois, na hipótese de o parecer técnico ser acolhido, caberia ainda a intervenção do Poder Judiciário no que diz respeito à fundamentação da decisão tomada pelo CADE, sendo possível a apreciação não apenas de questões de legalidade, mas também de razoabilidade e proporcionalidade.<sup>63</sup>

Do exposto extrai-se que, demais de ser possível o controle de legalidade dos julgamentos do CADE pelo Poder Judiciário, este também poderá imiscuir-se no particular das questões que desrespeitam os Princípios constitucionais da Razoabilidade e Proporcionalidade e isso se deve ao fato de o controle a ser realizado tratar-se de controle de legalidade em sentido amplo, o qual alberga não só o desrespeito à lei, mas também à Constituição e, conseqüentemente, aos princípios nela insculpidos.

Fazem parte do CADE sete conselheiros nomeados pelo Presidente da República, dentre cidadãos com mais de trinta anos, dotados de notório saber

<sup>63</sup> ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas**: estudo da experiência comunitária e aplicação do artigo 54 da Lei 8884/94. Singular. p. 416.

jurídico ou econômico e reputação ilibada, para o exercício de mandato de dois anos, sendo possível uma única recondução. Vale mencionar que a nomeação do Presidente da República depende de prévia aprovação pelo Senado Federal.

A fim de garantir independência e autonomia ao conselheiro, a destituição deste somente poderá se dar em virtude de sentença penal condenatória transitada em julgado em crime doloso ou por força de processo disciplinar ou, ainda, por decisão do Senado Federal, após provocação por parte do Presidente da República.

A ausência a três reuniões ordinárias consecutivas, bem como a vinte intercaladas ensejará a perda automática do mandato do conselheiro do CADE.

Junto ao CADE atuam sua Procuradoria e o Ministério Público Federal, sendo que a primeira age em prol da defesa dos interesses da Autarquia Federal em juízo, assessorando, pois, o CADE juridicamente, e o Ministério Público Federal, a seu turno, zela pelo interesse da coletividade, tanto quando o CADE realiza controle de estruturas quanto quando se destina ao controle de condutas.

### 2.2.2 Alterações Propostas pelo Projeto de Lei 5877/05

O atual cenário nacional de defesa da concorrência é marcado pela existência de um Projeto de Lei que objetiva a reforma da Lei 8884/94, ao qual foi atribuído o número 5877/05, firmado pelo Presidente da República em 1º de setembro de 2005.<sup>64</sup>

O Projeto de Lei para reformar a Lei Antitruste foi incluído no Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), lançado pelo Governo Nacional aos vinte e dois dias do mês de janeiro do ano de 2007 e pretende criar um ambiente institucional e legal que favoreça o livre funcionamento dos mercados e o

---

<sup>64</sup> DIANEZI, Vicente. **Fusões de empresas**: sistema de controle da concorrência vai ser reformulado. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/33133,1>>. Acesso em: 23 maio 2006.

investimento privado, motivo pelo qual enfatiza o combate a condutas anticompetitivas.<sup>65</sup>

Da análise da exposição de motivos do Projeto de Lei extrai-se que ênfase é conferida à repressão das condutas anticoncorrenciais. Os atos de concentração deixam de ser o cerne da Lei Antitruste, uma vez que é consenso internacional que as condutas anticoncorrenciais são evitadas de maior potencial lesivo ao consumidor.

Crítica à atual redação da lei pátria de defesa da concorrência no que concerne ao aspecto em comento é realizada por José Inácio G. Franceschini nos seguintes termos:

O tempo despendido com a vasta maioria dos atos de concentração irrelevantes é o grande responsável pela sobrecarga de serviços dos órgãos de defesa da concorrência, em prejuízo da análise de condutas efetivamente anticoncorrenciais, o que torna inócua a aplicação da legislação da concorrência em grande parte do país.<sup>66</sup>

Considerando esta alteração pontual, tem-se que, em caso de aprovação do Projeto de Lei, assistir-se-á a aproximação do Direito concorrencial pátrio ao já vigente na União Européia.<sup>67</sup>

Observa-se, assim, que atenção especial foi concedida ao fato de que os atos de concentração empresarial são passíveis de, em diversas ocasiões, fomentarem o desenvolvimento econômico. Entretanto, isso não significa que a defesa da concorrência foi relegada a um segundo plano por parte do Projeto de Lei ora analisado.

Há que se ter em mente, conforme elucida José Matias Pereira, que os negócios jurídicos concentracionistas, demais de produzirem efeitos negativos para o mercado, também dotam este de características positivas, pelo que o órgão

---

<sup>65</sup> Material preparado para a imprensa sob a responsabilidade da Secretaria de Imprensa e Porta-Voz da Presidência da República, com informações da Casa Civil da Presidência da República, do Ministério da Fazenda e do Ministério do Planejamento, por ocasião do lançamento do Programa de Aceleração do Crescimento, Palácio do Planalto, Brasília, 22 de janeiro de 2007. Disponível em: <[http://www.estadao.com.br/ext/economia/pac\\_internet.pdf](http://www.estadao.com.br/ext/economia/pac_internet.pdf)>. Acesso em: 2 abr. 2007.

<sup>66</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Condições impostas pelo CADE à aprovação de atos de concentração: um erro de paradigma. **Revista de Direito da Concorrência**. n. 2. abr/jun. 2004. p. 83.

<sup>67</sup> Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 mar. 2007.

de defesa da concorrência, quando de sua análise, deve sopesar esta situação e, com base, na proporcionalidade, decidir por sua aprovação ou não.

Eis a dicção do autor mencionado acerca dos dois aspectos a serem considerados quando da análise dos atos de concentração:

Os atos de concentração têm, potencialmente, efeitos negativos e positivos sobre o bem-estar econômico. Os efeitos negativos decorrem de um eventual exercício de poder de mercado pela empresa concentrada - aumento de preços, fundamentalmente - enquanto os efeitos positivos derivam de economias de escala, de escopo, de redução de custos de transação, entre outros, que podem proporcionar vantagens competitivas para as empresas participantes.<sup>68</sup>

Ensina José Marcelo Martins Proença: “Não há, portanto, ilícitos *per se* na legislação antitruste brasileira, devendo, caso a caso, ser verificada a conduta, com vistas à apuração de violação ao texto legislativo”.<sup>69</sup>

Nítida a adoção da regra da razão, também conhecida como *rule of reason*, pelo ordenamento jurídico pátrio quando da análise dos atos concentracionistas. Tendo em vista que muitas vezes as concentrações econômicas são consideradas benéficas para um país, essas não devem ser tratadas como se ilícitos fossem pelo simples fato de ensejarem a concentração do mercado acima de determinado percentual, sendo imprescindível a ponderação entre as possíveis eficiências resultantes da operação e seus eventuais prejuízos concorrenciais.

Gesner Oliveira e Cinthia Konichi Paulo corroboram o acima elucidado ao asseverar:

[...] não há ilícito *per se* na lei brasileira. Tanto as práticas verticais quanto horizontais devem ser analisadas casuisticamente, de modo a não se levar em consideração tão somente os prejuízos que podem advir do impacto, mas também as possíveis eficiências que surgem do ato [...].<sup>70</sup>

Em virtude da regra da razão, de acordo com Fabiano Del Masso:

<sup>68</sup> PEREIRA, José Matias. **Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica**: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S141565552006000200004&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141565552006000200004&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 2 mar. 2009.

<sup>69</sup> PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 64.

[...] existe uma análise de intenção na apreciação dos atos de concentração, nos quais o órgão aplicador não pode punir sem vislumbrar os efeitos benéficos e maléficos ponderando-os. Por isso é comum nas decisões do Cade encontrar-se a análise de benefícios ao consumidor, ao mercado etc.<sup>71</sup>

Desde que haja a garantia da efetividade prática dos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, dependendo do âmbito de atuação das empresas envolvidas, a concentração, ao contrário do pensamento já arraigado na sociedade, pode contribuir sobremaneira para o desenvolvimento econômico. É o que acontece, a título de exemplo, quando empresas atuantes no mercado geográfico nacional, unem-se a fim de atingir o mercado internacional.

Nesse sentido, de suma relevância são as palavras de Waldirio Bulgarelli:

Uma política de fusão de empresas – 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 e eficientes, ao lado das grandes, vitaliza a competição, ao invés de enfraquecê-la.<sup>72</sup>

Tendo em vista o acima exposto, pode-se afirmar com segurança que a intervenção do Estado, por meio das leis e dos órgãos de defesa da concorrência, nas concentrações empresariais, deve sempre se consubstanciar com vistas não só garantir a aplicação dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, mas também com o fito de incrementar a economia nacional.

Insta ressaltar que, em que pese o fato de o Projeto de Lei ser o responsável por possível alteração do foco da Lei Antitruste, de modo que a excessiva preocupação com o controle dos atos de concentração seria substituída por um maior enfoque nas práticas anticoncorrenciais, importante enfatizar que esta alteração é passível de ser obtida independentemente de sua aprovação, por intermédio da busca da cultura da concorrência no empresariado.

<sup>70</sup> OLIVEIRA, Gesner; PAULO, Cinthia Konichi. Aspects of Brazilian competition policy. **Revista de Direito da Concorrência**, n. 9. jan/mar. 2006. p. 52.

<sup>71</sup> MASSO, Fabiano Del. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 143.

<sup>72</sup> BULGARELLI, Waldirio. **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2000. p.

Uma vez abordada a alteração pretendida pelo Projeto na essência da Lei, volta-se o olhar para outros aspectos pontuais que também seriam objeto de mudança.

Com o fito de atribuir maior celeridade à atuação dos órgãos de defesa da concorrência, o Projeto de Lei objetiva a reforma do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Dentre as propostas de alteração contidas no projeto merecem destaque a extinção da SDE, outorgando exclusivamente ao CADE o desempenho da função de investigação das condutas anticoncorrenciais, a análise dos atos de concentração e seu julgamento. À SEAE corresponderia a defesa da prevalência de efetiva concorrência no mercado, ou seja, a denominada promoção da concorrência.

A importância desta alteração reside no fato de evitar a concomitante atuação dos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que resulta na morosidade de julgamento dos atos apresentados.

Nas palavras de Luciano Sotero Santiago, “O excesso de instâncias envolvidas no sistema de defesa da concorrência no país é apontado pelas empresas como uma das principais razões da demora no julgamento dos processos.”<sup>73</sup>

Além do novo desenho institucional do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o Projeto de Lei é responsável por introduzir a análise prévia dos atos de concentração empresarial.

O controle dos atos de concentração converte-se em preventivo propriamente dito, uma vez que, inspirado pelo que já ocorre nos Estados Unidos e na Europa, antecede a fusão ou incorporação de empresas, poupando, destarte, os agentes econômicos da eventual necessidade de desfazimento de negócios jurídicos e dos prejuízos a esta prática inerentes.

O momento de análise do ato concentracionista na atualidade não escapa ao olhar crítico de José Inácio G. Franceschini:

---

<sup>73</sup> SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência**: doutrina e jurisprudência. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 158.

Assevera-se que a análise das concentrações possui caráter preventivo. Contudo, dada a inexistência de eficácia na prevenção retroativa, a análise preventiva da concentração anos depois de sua realização é uma *contradictio in terminis*, posto não haver possibilidade de se prevenir algo depois da sua consumação.<sup>74</sup>

Finalmente, o critério de submissão dos atos de concentração ao controle estatal, mais precisamente, a apreciação do CADE, também sofre alteração, de modo que passa a ter por base tão somente o faturamento da empresa e não mais a participação desta no mercado, o que acaba por submeter ao CADE apenas os atos que realmente sejam suscetíveis de afetar a concorrência no mercado.

---

<sup>74</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Condições impostas pelo CADE à aprovação de atos de concentração: um erro de paradigma. **Revista de Direito da Concorrência**. n. 2. abr/jun. 2004. p. 71.

### 3 CONCENTRAÇÕES ECONÔMICAS

Os atos de concentração empresarial caracterizam-se, sobretudo, pela unificação não temporária dos patrimônios das empresas envolvidas no negócio jurídico. Mencionada unificação possui como conseqüência a reunião dos centros decisórios e da própria estrutura empresarial, fatores estes que, conjuntamente analisados, proporcionam compreensão integral acerca do fenômeno da concentração empresarial.

Neste espeque, o entendimento de Luciano Sotero Santiago:

[...] um ato de concentração econômica se caracteriza por mudanças duradouras na estrutura das empresas envolvidas, sendo necessário que estas mudanças façam com que essas empresas atuem como um único agente do ponto de vista econômico *em todas* as operações econômicas por elas realizadas.<sup>75</sup>

#### 3.1 CAUSAS E CLASSIFICAÇÃO

De acordo com Fábio Nusdeo, podem ser elencados como fatores motivadores dos atos de concentração: “1. progresso tecnológico; 2. possibilidade de discriminação de mercados e de diferenciação de produtos; 3. estrutura favorável de custos para certas empresas; 4. escassez de espírito empresarial.”<sup>76</sup>

Complementa Luciano Sotero Santiago o rol das causas que ensejam a prática de ato concentracionista ao invocar os ensinamentos de Paula Forgioni, que aponta as seguintes razões:

---

<sup>75</sup> SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência:** doutrina e jurisprudência. Salvador: Juspodivm, 2008. p.

<sup>76</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 273.

[...] a) neutralização da concorrência; b) economias de escala e melhor aproveitamento dos recursos disponíveis; c) ganhos ou economias tributárias; d) estratégia empresarial; e) diminuição de riscos; f) domínio de mercado; g) aumento de eficiência; h) aquisição de patentes, concessões públicas e outros privilégios; i) redução de custos; [...]; m) economia decorrente de especialização das empresas; n) reorganização de estruturas; o) racionalização de produção; [...].<sup>77</sup>

No que atine à classificação dos atos de concentração, imprescindível se demonstra a abordagem das três categorias tradicionais, quais sejam: concentração horizontal, concentração vertical e formação de conglomerados.

Pode ocorrer de a ação concentracionista afetar concorrentes em um mesmo mercado, o que significa dizer: agentes econômicos distintos e competidores entre si, que ofertam um mesmo produto ou serviço em um determinado mercado relevante e, nesse caso, ter-se-á uma concentração horizontal.

Em que pese o fato de o conceito de mercado relevante ainda não ter sido objeto de análise, oportuno mencionar que a concentração horizontal pode também se efetivar entre agentes que, muito embora não produzam o mesmo produto, fazem parte de um mesmo mercado por serem os objetos de suas respectivas produções substituíveis entre si.

A concentração horizontal apresenta-se como alternativa ao crescimento interno das empresas, nas palavras de Calixto Salomão Filho: “a empresa que se vê na impossibilidade de adquirir um concorrente, para ganhar espaço no mercado e conseqüentemente melhorar sua lucratividade, deve crescer internamente”.<sup>78</sup>

Tendo em vista o fato de que o crescimento interno, por consistir garantia de que o incremento do poder de mercado decorre da maior eficiência, apresenta-se enquanto positivo para a ordem econômica, as concentrações horizontais configuram o grande foco dos órgãos pátrios de defesa da concorrência quando da intervenção no domínio econômico.

---

<sup>77</sup> SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência:** doutrina e jurisprudência. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 252.

<sup>78</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrência:** as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 302.

Em algumas situações pontuais, as concentrações são passíveis de prover o mercado de maiores benefícios que a expansão empresarial interna, o que se observa no caso da conjugação de empresas dotadas de diferentes bens de capital, uma vez que o produto desta concentração traduz-se na produção de bens de qualidade distinta daqueles que até então por elas eram produzidos.

Diante desse caso, o crescimento interno não seria suscetível de inserir no mercado quaisquer bens de qualidade diferente da que até então lhes caracterizava, pelo que, estando-se diante de circunstância na qual a concentração empresarial horizontal é nitidamente benéfica para o mercado, o controle desta não deveria ser o cerne das preocupações estatais quando da intervenção no domínio econômico por intermédio dos órgãos pátrios de defesa da concorrência.

A configuração da situação excepcional caracterizada pelo fato de a concentração empresarial ensejar mais efeitos positivos para o mercado que o crescimento interno ou mesmo da inviabilidade do crescimento interno constituem fatores potencializadores da possibilidade de aprovação de uma concentração horizontal.

Demais da concentração horizontal, outra classe de atos concentracionistas também se faz presente no mercado, qual seja: a concentração vertical, que envolve agentes econômicos distintos, ofertantes produtos ou serviços também distintos, mas que fazem parte de uma mesma cadeia produtiva.

Nas palavras de Gesner Oliveira e João Grandino Rodas, a ação vertical envolve “diferentes mercados em uma mesma cadeia produtiva em relações de fornecedor-produtor-consumidor [...]”<sup>79</sup>

A conglomeração, terceira categoria dos atos de concentração empresarial, envolve agentes econômicos diferentes, ofertantes de produtos ou serviços diversos, que podem ou não ser complementares entre si, mas que, indubitavelmente, não fazem parte de uma mesma cadeia produtiva.<sup>80</sup> Trata-se de classe residual de concentração, pelo que se pode asseverar que os atos concentracionistas que não configurarem nem concentração horizontal nem vertical serão considerados conglomerados.

---

<sup>79</sup> OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.

## 3.2 FORMAS DE CONCENTRAÇÃO PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO EMPRESARIAL BRASILEIRA

Os artigos 220 e seguintes da Lei 6404/76, a qual dispõe sobre a sociedade por ações, versam sobre as formas de concentração empresarial.

### 3.2.1 Incorporação

Na incorporação há absorção de uma empresa por outra, de modo que a empresa incorporada deixa de existir, subsistindo, entretanto, a sociedade que realiza a incorporação.

A incorporadora sucederá a incorporada em todos seus direitos e obrigações.

José Marcelo Martins Proença aborda a incorporação, enquanto representação do fenômeno da concentração de empresas, nos seguintes termos:

Na incorporação, uma empresa adquire outra, absorvendo-a por completo. A incorporadora é a adquirente e a incorporada a adquirida. Trata-se do ato pelo qual uma ou mais sociedades, qualquer que seja sua atividade, é absorvida por outra, que substitui em todos os direitos e obrigações, tornando-se extinta a sociedade incorporada.<sup>81</sup>

O principal aspecto da incorporação pode, destarte, ser traduzido pela manutenção da personalidade jurídica de uma das empresas que celebra o negócio jurídico e a extinção da outra, que perde sua identidade jurídica quando é incorporada.

---

<sup>80</sup> Disponível em: <[http://www.seae.fazenda.gov.br/central\\_documentos/glossarios](http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossarios)>. Acesso em: 18 abr. 2007.

<sup>81</sup> PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 70.

### 3.2.2 Fusão

Na fusão observa-se o surgimento de uma nova empresa a partir da extinção das que celebram o negócio jurídico concentracionista.

Constata-se, portanto, que, ao contrário do que ocorre na incorporação, diante de um ato de fusão, as empresas que se fundem deixam de existir e, da unificação de seu patrimônio, exsurge uma nova sociedade, que sucederá as anteriores no que atine a seus direitos e obrigações.

Ensina com maestria José Marcelo Martins Proença: “Na fusão, duas ou mais empresas se extinguem, conjugando-se os patrimônios para a criação de uma nova sociedade”. E complementa:

Dá-se pela união, mediante seus patrimônios, de duas ou mais sociedades, quaisquer que sejam suas atividades, com a conseqüente extinção das sociedades operadoras de tal instituto, propiciando a formação de uma nova sociedade, que sucederá as sociedades fundidas em todos os direitos e obrigações.<sup>82</sup>

Os atos de concentração, entretanto, não podem ser confundidos com os de cooperação empresarial, em que pese o fato de que, como se verá adiante, ambos devem, necessariamente, ser submetidos à apreciação do CADE, em decorrência da amplitude do disposto no *caput* do artigo 54 da Lei 8884/94.

### 3.3 COOPERAÇÃO EMPRESARIAL

A cooperação empresarial, diferentemente da concentração, não importa em alteração na estrutura das empresas que celebram o negócio jurídico. Na cooperação tem-se tão somente um acordo atinente a determinada prática específica, ao passo que a concentração é dotada de caráter duradouro.

---

<sup>82</sup> PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o Direito da Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 71/72.

Apesar de, como mencionado, as formas de cooperação empresarial não se identificarem com os atos de concentração empresarial, podem ser compreendidas como atos que visam a concentração do mercado, uma vez que culminam com o aumento de poder em determinado mercado de referência e, por esse motivo, são submetidas à apreciação dos órgãos pátrios de defesa da concorrência.

São formas de cooperação empresarial: acordos de cooperação, associações e *joint ventures*.

Os acordos de cooperação constituem negócio jurídico celebrado entre duas ou mais empresas com vistas a garantir a cooperação entre estas no que atine a questões concorrenciais.

As associações de empresas, por sua vez, têm por base a dependência econômica entre as sociedades que se associam, não possuindo objetivo de lucro.

Por fim, *joint venture* diz respeito a forma de cooperação empresarial destinada aos mais variados fins, sendo de suma importância mencionar que as sociedades que a constituem mantêm sua independência econômica.

Oportuno mencionar que, em que pese o fato de a *joint venture* guardar semelhanças com a fusão, desta se distingue por sua provisoriedade e por se constituir tão somente com a finalidade de atender objetivos específicos, de modo que, uma vez cumpridos estes, a forma de cooperação empresarial em comento extingue-se.

### 3.4 MERCADO RELEVANTE

Uma vez realizada a distinção entre os atos de concentração e de cooperação empresarial, há que se mencionar que os mesmos devem, nas situações previstas na Lei de Defesa da Concorrência, as quais serão objeto de deliberação ainda no presente estudo, ser submetidos à apreciação do CADE.

Entretanto, antes de se abordar como se estabelece a intervenção do Estado, por meio do CADE, nos atos analisados, imprescindível demonstra-se a análise do denominado mercado relevante, haja vista que a aprovação ou não do

negócio jurídico dependerá sempre de prévio exame do cenário no qual as empresas contratantes atuam, pois, somente desta forma será possível concluir se o resultado do ato concentracionista é ou não passível de ensejar prejuízos concorrenciais ao mercado.

Somente a prévia delimitação do ambiente no qual se processa a concentração empresarial ou a prática anticoncorrencial é suscetível de demonstrar se o nível de poder de mercado acumulado pelos agentes econômicos é ou não suscetível de ocasionar prejuízos ao mercado, verificando-se, a partir da definição do mercado relevante, o respeito aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência.

Para aferir a existência de prejuízos concorrenciais, considerando determinada conduta anticompetitiva ou deixando de aprovar negócio jurídico que vise a concentração de mercado, necessária se faz a prévia fixação do ambiente que servirá como parâmetro para realização do controle de condutas e estruturas por parte dos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

O mercado a ser tido como referência constitui o que se denomina mercado relevante e sua determinação consubstancia-se por intermédio da definição do âmbito no qual a empresa atua, sendo que este é delimitado a partir da observância da existência de substitutos, tanto do lado da demanda, quanto da oferta.<sup>83</sup>

De acordo com José Tavares de Araújo Jr., o conceito de mercado relevante, que configura na atualidade o instrumento basilar da análise antitruste, foi por primeira vez aplicado pelo CADE quando da análise do caso Kolynos-Colgate, em setembro de 1996.<sup>84</sup>

Considerando o tipo de produto vendido e a área na qual ocorre a venda, a inclusão ou exclusão de outros produtos e áreas na definição do mercado relevante dependerá do fato de a concorrência advinda da alteração afetar, de maneira significativa, em um curto lapso temporal, o preço dos produtos. Em havendo influência, constata-se que as empresas analisadas pertencem a um mesmo mercado de referência ou mercado relevante.

---

<sup>83</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 98.

<sup>84</sup> ARAÚJO JR., José Tavares de. Perspectivas da política de concorrência no Brasil: o controle de fusões e aquisições. **Revista de Direito da Concorrência**, n. 9. jan/mar. 2006. p. 85.

Ao versar sobre o mercado em questão, Luciano S. Santiago manifesta-se:

Assim, toda vez que se for verificar a ocorrência de uma infração contra a ordem econômica (artigo 20 da Lei nº 8884/94), ou se examinar um ato que possa limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, resultando na dominação de mercado (artigo 54 da Lei 8884/94), é necessária a identificação e análise do mercado relevante.<sup>85</sup>

O aumento na abrangência do mercado em exame pela incursão de substitutos faz com que o poder econômico detido por determinado agente seja diminuído e, conseqüentemente, não se possa falar na prática de determinada infração à ordem econômica ou não haja a necessidade de submissão de ato de concentração que o envolve à apreciação do CADE.

Importante mencionar que a análise do mercado relevante é casuística e incumbe ao próprio CADE.

O mercado de referência apresenta duas subdivisões, quais sejam: mercado de produto ou serviço, formado pelos produtos que integram o mercado, e mercado geográfico, consistente nos territórios que fazem parte do mercado.<sup>86</sup>

Além das dimensões material e geográfica do mercado relevante, existe, ainda, uma terceira, a qual, porém, é referida por poucos doutrinadores e recebe a denominação de dimensão temporal.

### 3.4.1 Mercado do Produto

O mercado *sub examine* é composto pela totalidade dos produtos ou serviços considerados substituíveis, sendo assim caracterizados os produtos que possuem descrição, preços e utilização semelhantes.

---

<sup>85</sup> SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência:** doutrina e jurisprudência. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 112.

<sup>86</sup> PÉREZ, José María Beneyto (Dir.); GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo Marillo (Coord.). **Tratado de derecho de la competencia:** Unión Europea y España. Barcelona: Bosch, 2005. t.1. p.496.

A fungibilidade do produto ou do serviço há de considerar a existência ou não de dificuldade de substituição para que, então, se possa afirmar que os produtos ou serviços analisados pertencem a um mesmo mercado relevante.

Assim, caso haja substituição de um produto por outro ou alteração da fonte prestadora de determinado serviço diante da insatisfação dos consumidores, constata-se que os produtos ou serviços considerados fazem parte de um mesmo mercado relevante.

Integram o mesmo mercado do produto ou serviço todos os concorrentes, produtores de bens ou prestadores de serviços substituíveis entre si que podem ser afetados pelo comportamento uns dos outros.

Importante ressaltar que o intercâmbio que deve se fazer presente entre os produtos, para que as empresas que os produzem sejam enquadradas no mesmo mercado, pode ser analisado tanto sob a ótica da demanda quanto se levando em consideração a oferta.

#### 3.4.1.1 Substitutibilidade da demanda

A importância da substitutibilidade da demanda situa-se no fato de ser a mesma capaz de determinar o comportamento do produtor, sobretudo no que diz respeito aos preços.

Regra geral, uma vez alterado o preço do produto, as empresas não possuem a capacidade de determinar o comportamento dos clientes, os quais poderão recorrer a outras fontes para consumo.

De acordo com Fábio Ulhoa Coelho:

A delimitação material do mercado é feita a partir da perspectiva do consumidor. Se a mercadoria ou o serviço pode ser perfeitamente substituído, de acordo com a avaliação do consumidor médio, por outros de igual qualidade, oferecidos na mesma localidade ou região, então o mercado relevante compreenderá também todos os outros produtos ou serviços potencialmente substitutos.<sup>87</sup>

---

<sup>87</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1. p. 214.

A fim de definir o mercado relevante, o método de aumento dos preços em cinco ou dez por cento por uma empresa, denominado teste dos cinco por cento ou prova de SSNIP (*Small but Significant Non transitory Increase in Prices* – Pequeno, mas significativo aumento não transitório dos preços), é mundialmente utilizado na atualidade.

Assim, caso os consumidores, em virtude da alteração do preço do produto, o substituam por outro, este último deve ser incluído no mercado em apreço quando de sua definição, pois criou obstáculos ao poder que a primeira empresa considerada exercia sobre o preço do produto em questão.

De acordo com Luciano Sotero Santiago: “Tal substituição demonstra a incapacidade de o agente econômico influir na condição concorrencial de mercado, já que a atuação é balizada pelo comportamento do consumidor”.<sup>88</sup>

Do exposto, verifica-se que a definição do mercado relevante desde o ponto de vista da substitutibilidade da demanda pauta-se pela possibilidade de substituição do consumo, levando-se em consideração as alterações realizadas no preço dos produtos.

#### 3.4.1.2 Substitutibilidade da oferta

Tal qual o próprio nome explicita, a substitutibilidade refere-se à possibilidade de substituição, no caso, de determinado produto ou serviço por outro.

A já referida substitutibilidade da demanda diz respeito à possibilidade de realização de alterações por parte dos próprios consumidores no que atine ao produto a ser consumido.

A substitutibilidade da oferta, a seu turno, relaciona-se com a existência de produtores de bens ou serviços que, apesar de não possuírem como atividade principal a analisada no mercado relevante, tenham capacidade de, com facilidade, passar a desempenhá-la.

Há que se considerar, para a análise da substitutibilidade da oferta, os fatores tempo e custo de produção, o que significa dizer que, caso uma empresa

---

<sup>88</sup> SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência**: doutrina e jurisprudência. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 114.

fabricante de outro produto, em caráter de imediatidade e sem realizar grandes investimentos, logre fabricar o produto cujo mercado relevante está sendo analisado, esta nova produção, ainda que similar e não idêntica, fará parte do mesmo mercado de referência do produto utilizado como parâmetro, do ponto de vista do consumidor.

A inclusão no mesmo mercado relevante deve-se ao fato de que, no momento em que o produto analisado passa a ser ofertado por outro fabricante, o poder de mercado dos atuais produtores, tendo em vista a versatilidade dos novos, é reduzido.

A relação estabelecida entre a possibilidade de fabricação supra descrita e o mercado de referência é diretamente proporcional, uma vez que, quanto maior for tal possibilidade, maior será também o âmbito do mercado, considerando tratar-se de um caso em que se faz presente a substitutibilidade da oferta.

#### 3.4.1.3 Concorrência potencial

A concorrência potencial refere-se à possibilidade de agentes, que se encontram fora do mercado relevante nele ingressarem, bem como de os agentes econômicos que já atuavam, porém não de maneira significativa, virem a produzir de acordo com sua capacidade máxima.

É neste sentido que assevera Paula A. Forgioni:

[...] muitas vezes, embora detentor de parcela substancial do mercado relevante, o agente econômico está impossibilitado de atuar comportamento típico do monopolista, aumentando demasiadamente seus lucros, em virtude da concorrência potencial existente ou da capacidade ociosa dos demais agentes econômicos que atuam no mercado relevante[...].<sup>89</sup>

Importante mencionar que a concorrência potencial encontra-se fortemente vinculada à existência de barreiras de entrada, haja vista que a entrada no mercado daqueles agentes econômicos que estavam do mesmo afastados depende da inexistência de barreiras consideráveis.

---

<sup>89</sup> FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 287.

A concorrência potencial é responsável por fazer com que a dimensão do mercado relevante seja expandida, sendo, neste caso, um indicativo da inexistência de infração à ordem econômica, mesmo que o mercado seja concentrado.

### 3.4.2 Mercado Geográfico

O mercado, geograficamente considerado, diz respeito à área de atuação das empresas cuja prática está sendo considerada anticoncorrencial ou que objetivam a aprovação de um ato de concentração. Mais precisamente, pode-se afirmar que o mercado geográfico é a dimensão física que açambarca todos os concorrentes.

Fazem parte de um mesmo mercado geográfico as empresas que, além de serem concorrentes, se dedicam à prestação do mesmo serviço ou à produção de bens iguais ou semelhantes, possuindo, ademais, o mesmo público alvo.

Sérgio Varella Bruna, ao citar Hovenkamp, define mercado relevante sob o aspecto geográfico nos seguintes termos:

[...] o mercado geograficamente relevante é aquele em que uma empresa detentora de poder econômico seja capaz de aumentar seus preços sem que: 1) seus clientes passem imediatamente a se abastecer de produtos semelhantes em fontes de suprimento situadas em outras localidades; e sem que 2) empresas concorrentes, sediadas em outras localidades geográficas, redirecionem a sua produção para a localidade em apreço, a fim de aí oferecerem seus produtos sucedâneos.<sup>90</sup>

A determinação do mercado relevante desde o ponto de vista geográfico depende da verificação das condições referentes aos consumidores ou, mais precisamente, à própria demanda, porque somente desta maneira é possível constatar se as empresas, consoante opinião dos consumidores, são substituíveis.

Caso seja possível a transferência dos consumidores para empresas de outra zona, independentemente do motivo pelo qual a citada mudança se

efetuou, pode-se concluir que a empresa para a qual recorreu o consumidor mostra-se como alternativa no que diz respeito ao fornecimento do produto em exame, pelo que, desde o ponto de vista geográfico, há de ser incluída no mesmo mercado de referência.

Farão parte de diferentes mercados geográficos as empresas às quais sejam impostas barreiras econômicas para a venda de seus produtos. Isto significa dizer que os agentes econômicos, que fazem parte de um mesmo mercado geográfico de referência, devem possuir condições idênticas de concorrência, não sendo possível que a qualquer deles seja imposto obstáculo econômico e a outro não.

Calixto Salomão Filho, ao versar sobre o mercado geográfico, elucida com brilhantismo:

Basta que as barreiras ao transporte inter-regional sejam superiores às barreiras internacionais e grandes o suficiente para tornar inviáveis as vendas dos produtores internos da região por elas onerada, para ser obrigatório excluir estes produtores e incluir os produtores internacionais.<sup>91</sup>

Finalmente, também é necessário levar em consideração, quando do estabelecimento do mercado geográfico relevante, os custos com transporte, que poderiam inviabilizar a concorrência, com redução significativa do mercado consumidor.

### 3.4.3 Mercado Temporal

Raros são os julgados prolatados pelo CADE e as obras doutrinárias, que fazem menção ao mercado relevante considerado sob o aspecto temporal. Destaque merece a obra de Luciano Sotero Santiago, que não minimiza a importância da elucidação deste conceito.<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.

<sup>91</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 113.

<sup>92</sup> SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência**: doutrina e jurisprudência. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 112.

O mercado temporal abrange as empresas que, em um determinado lapso de tempo, possuem o condão de lançar produtos no mercado geográfico considerado.

Assim, todas as empresas que, mesmo não fazendo parte de um mesmo mercado de referência do produto, forem capazes de, em prazo previamente estipulado, introduzir determinado produto ou serviço no mercado, serão consideradas componentes de um mesmo mercado relevante, compreendido este sob o aspecto temporal.

### 3.5 CONTROLE DE ESTRUTURA

Conforme abordado alhures, a lei brasileira de defesa da concorrência é pautada por duas vertentes, sendo que uma delas destina-se à repressão das práticas anticoncorrenciais e a outra tem o objetivo de controlar os atos de concentração que ocorrem no mercado, a fim de manter a estrutura deste dentro de parâmetros suscetíveis de garantir a aplicação prática dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência.

Destarte, o foco da legislação antitruste pode ser definido pela necessidade de implementação de um controle de condutas e de estrutura, sendo que entre ambos existe relação de complementaridade.

O controle de estrutura, disciplinado no artigo 54 da Lei 8884/94 tem por cerne evitar a excessiva concentração do mercado, haja vista que esta poderá ocasionar a prática de abuso por parte das empresas que detêm parcela relevante de poder de mercado.

Nesta esteira, a manifestação digna de transcrição de Luciano S. Santiago:

O objetivo do controle de estrutura é a prevenção. Visa-se evitar um aumento do grau de concentração no mercado, e, conseqüentemente, a formação de estruturas tendentes à monopolização ou domínio de mercado por uma empresa dominante ou de uma formação oligopolizada. A estrutura dos mercados tem grande influência nas condições de concorrência e, portanto, na forma de atuação dos agentes econômicos.<sup>93</sup>

No Brasil o controle de estrutura, efetuado pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência nos atos de concentração empresarial, depende de breve estudo prévio acerca da posição dominante ou poder de mercado.

Nesse sentido, é fundamental o controle de estrutura para prevenir o abuso de posição dominante.

### 3.5.1 Finalidade: Prevenção do Abuso de Posição Dominante

Tendo em vista que a posição dominante consiste na detenção de parcela relevante de poder econômico, aquela não se estabelece sem que referido poder se faça presente.

Consoante ensinamento de Paula A. Forgioni,

[...] a posição dominante é decorrência e, ao mesmo tempo, se identifica com o poder detido, pelo agente, no mercado, que lhe assegura a possibilidade de atuar um comportamento independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeável às leis de mercado.<sup>94</sup>

Acerca da questão, também se posicionou Sérgio Varella Bruna:

[...] *posição dominante* é aquela que configura a seu detentor quantidade substancial de poder econômico ou de mercado, a ponto de que possa ele exercer influência determinante sobre a concorrência, principalmente no que se refere ao processo de formação de preços, quer atuando sobre o volume da oferta, quer sobre o da procura, e que lhe proporcione elevado grau de independência em relação aos demais agentes do mercado relevante.<sup>95</sup>

<sup>93</sup> SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência: doutrina e jurisprudência**. Salvador: Juspodivm, 2008. p.245.

<sup>94</sup> FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 272.

<sup>95</sup> BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 115.

A Lei 8884/94 também definiu posição dominante em seu artigo 20, parágrafo 2º, o qual prescreve:

Lei 8.884/94

Art. 20. [...]

§2º. Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

Da análise do dispositivo legal transcrito, constata-se que a legislação nacional antitruste admite a posição dominante coletiva, visto que açambarca a possibilidade de esta ser exercida por uma empresa ou grupo de empresas.

Do conceito legal de posição dominante extrai-se que esta se constitui quando houver o controle, por determinado ente econômico, de parcela substancial de mercado relevante.

A legislação pátria adota, destarte, o critério do *market share* ou participação no mercado para a caracterização da posição dominante. E, com o fulcro de definir a quantidade de participação necessária para a configuração da posição dominante, o próprio texto legal especifica, nos seguintes termos:

Lei 8.884/94

Art. 20. [...]

§3º. A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior, é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

Faz-se mister ressaltar que a ocorrência da posição dominante na situação prevista pelo dispositivo legal em apreço trata-se de presunção relativa, cabendo à empresa provar, por ser seu o ônus, uma eventual não configuração.

Ocorre que, apesar de trazer em seu bojo a forma para a determinação das situações em que se pode vislumbrar a existência de posição dominante, a Lei Antitruste não define qual deve ser o sentido atribuído à palavra “controle” por ela empregada, restando à doutrina a definição de seu conceito.

Ao fazê-lo os doutrinadores entendem controle como sendo o poder de dominação exercido pela empresa ou grupo de empresas.

Ao unir esta definição com o legalmente previsto, infere-se que a posição dominante é exercida por aquele agente que detém poder de dominação sobre parcela substancial do mercado relevante.

Em situações extremas o critério da participação no mercado é capaz de determinar a efetiva existência de posição dominante. No entanto, faz-se mister lembrar que o *market share* não pode, em situações diversas daquelas em que a participação é demasiadamente grande ou pequena, ser o único requisito analisado para determinar a existência de posição dominante, porquanto casos existem em que titular de parcela não substancial do mercado, tendo em vista o poder econômico que possui, assume dita posição.

De acordo com Paula A. Forgioni:

[...] a posição dominante deriva não da parcela de mercado de que o agente é titular, mas sim do poder econômico que detém e que lhe permite *independência e indiferença* em relação ao comportamento de outros agentes, colocando-lhe a salvo de pressões concorrenciais.<sup>96</sup>

Deve-se analisar, portanto, se o agente realmente detém quantidade de poder econômico suscetível de lhe conferir posição dominante, o que ocorrerá caso sua atuação no mercado seja independente da dos demais agentes.

Surge, desta maneira, um outro critério além do de participação no mercado, a ser utilizado para a determinação da existência de posição dominante - o do *market Power* - poder de mercado ou, ainda, poder econômico.

De acordo com o entendimento dos economistas, a posição dominante perfaz-se em consonância com o poder que possuem os agentes econômicos de impor o preço dos produtos no mercado. No entanto, conforme já exposto, imprescindível se faz, para a mencionada configuração, que o agente econômico detenha poder de mercado tal que lhe conceda liberdade de atuação e este, por sua vez, pode ou não ser externado pela capacidade de controlar os preços.

---

<sup>96</sup> FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 258.

A empresa que ocupa posição dominante possui plena capacidade de determinar, unilateralmente, as regras do mercado, não sofrendo qualquer tipo de ingerência dos demais agentes que nele atuam.

Neste norte, inexistente risco ao qual se sujeite o detentor de posição dominante, visto não ser o mercado permeado de concorrência em quantidade capaz de influenciá-lo.

Para a caracterização da posição dominante, é imprescindível a presença do binômio liberdade e sujeição, sendo o primeiro conceito aplicado à empresa, que atua independentemente dos demais agentes e o segundo aos concorrentes, que se sujeitam ao detentor de quantidade significativa de poder econômico.

Considerando a exposição acima, extrai-se que possui posição dominante a empresa que é eivada de suficiente força econômica para atuar no mercado independentemente de seus competidores, clientes e consumidores.

Martha Asunción Enriquez Prado, ao versar de maneira esclarecedora sobre os elementos caracterizadores da posição dominante, estabelece duas maneiras distintas para identificar estes fatores.<sup>97</sup>

A primeira delas utiliza os critérios de estrutura do mercado, de comportamento da empresa neste mesmo mercado e do resultado de referido comportamento, para aferir a existência de posição dominante, sendo que a segunda pauta-se pela competição no mercado e pela estrutura da empresa.

Cumprido salientar que, considerando a vasta gama de indícios suscetíveis de estabelecer que determinada empresa ocupa posição dominante no mercado, inexistente a possibilidade de enumeração de elementos definitivos, que poderiam ser utilizados em qualquer circunstância. Assim, necessária demonstra-se a avaliação de cada caso específico.

A aferição de existência de posição de domínio somente é possível quando existe uma prévia determinação do mercado de referência, haja vista que o fato de este ser mais ou menos amplo encontra-se diretamente vinculado à existência de posição dominante, conforme já elucidado no item anterior.

---

<sup>97</sup> PRADO, Martha Asunción Enriquez. **Direito da concorrência e posição dominante na União Européia e MERCOSUL**. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 1999. p. 117-121.

Passando-se à análise dos atos que, praticados por empresa que exerce posição dominante, são considerados abusivos, cumpre salientar que, a importância deste estudo reside no fato de não configurar a posição de domínio situação punível por si mesma, visto que empresa dotada de posição dominante somente será sancionada caso a utilize de forma abusiva.

Neste diapasão, importante ressaltar que o parágrafo 1º do artigo 20 da Lei 8884/94 determina que o abuso não se estabelecerá caso a conquista do mercado tenha ocorrido por causa da maior eficiência do agente econômico em relação a seus consumidores.

Lei 8.884/94

Art. 20. [...]

§1º. A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

Por outro lado, o abuso apenas ocorrerá quando a empresa que pratica o ilícito previsto pela legislação antitruste ocupar posição dominante no mercado.

Enquanto os atos tendentes à dominação dos mercados, ilícito também condenado pelo artigo 20 da Lei 8884/94, independem da detenção de poder econômico por parte do agente que os pratica, o abuso de posição dominante possui como requisito indispensável para a sua configuração, como exposto acima, a efetiva existência do mencionado poder por parte da empresa que age ilicitamente, sob pena de não gerar conseqüências lesivas ao mercado. Por esse motivo este último constitui objeto de análise em estudo que versa sobre a concentração do mercado.

De acordo com Calixto Salomão Filho, as práticas que configuram abuso de posição dominante são caracterizáveis pelo fato de seus efeitos atingirem diretamente os consumidores. “Assim sendo, o critério prático para identificar o abuso do poder econômico é determinar o sujeito passivo do delito. Tratando-se do consumidor, há ilícito de abuso de posição dominante”.<sup>98</sup>

Luciano Sotero Santiago explica que:

---

<sup>98</sup> FILHO, op. cit., p. 236.

A concentração de poder econômico também possibilita ao agente econômico o controle de funcionamento do mercado, em razão do poder de impor preços, de controlar a produção e de definir quem atua no mercado, seja na eliminação dos concorrentes, seja na restrição das condições de entrada no mercado.<sup>99</sup>

Assim, o controle de estrutura é realizado exatamente com vistas a evitar a excessiva concentração do mercado, a qual, a seu turno, é passível de embasar a prática de abusos que possuem como pressuposto a detenção de parcela substancial do mercado de referência.

Tendo em vista que a Lei 8884/94, ao dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, concede vultosa importância à análise dos atos de concentração empresarial pelo CADE e, uma vez analisado o objetivo deste controle, oportuna demonstra-se a abordagem das situações nas quais o Estado intervirá no domínio econômico a fim de fiscalizar os negócios jurídicos concentracionistas celebrados pelas empresas que atuam no mercado.

### 3.5.2 Submissão dos Atos de Concentração ao Controle Estatal

O controle de estrutura, realizado pelos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, mais especificamente pelo CADE, tem por cerne a análise dos atos de concentração econômica, partindo-se do pressuposto que, tal qual já abordado, a excessiva concentração é suscetível de, em determinadas situações, ensejar prejuízos não só aos agentes que atuam no mercado, mas também e, sobretudo, aos consumidores.

Com inquestionável maestria, V.H.J. Mestmäcker destaca a importância da análise dos atos de concentração empresarial: “Uma das mais importantes justificativas para o controle das concentrações está na possibilidade de proibir a obtenção de vantagens concorrenciais decorrentes do poder de mercado que não podem ser convenientemente coibidas pelas normas de conduta”.<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência:** doutrina e jurisprudência. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 246.

<sup>100</sup> V.H.J. MESTMÄCKER apud SALOMAO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial:** as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 324.

O artigo 54 da Lei 8884/94 determina que os atos suscetíveis de limitar, prejudicar a concorrência ou ensejar a dominação de mercados relevantes devem ser submetidos à apreciação do CADE.

Lei 8.884/94

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

A redação do artigo manifesta sua vasta abrangência, haja vista que caberá ao CADE não só definir as situações que configuram atos jurídicos, expressão esta, ressalte-se, de maior amplitude que sua espécie negócio jurídico, para que estas lhe sejam submetidas, mas também verificar se as mesmas apresentam-se enquanto possíveis maneiras de violação futura da concorrência.

Nesse diapasão, bem aduz João Bosco Leopoldino da Fonseca: “O *caput* do artigo 54 tem uma abrangência muito grande, porque situa os atos que possam sob qualquer forma lesar a concorrência num plano de possibilidade. E quem terá que avaliar a possibilidade de lesão é o CADE”.<sup>101</sup>

Complementa o mesmo doutrinador: “[...] a questão não se restringe à juridicidade daqueles negócios jurídicos, mas avança para o futuro para inquirir da potencialidade de algum dano ao mercado”.<sup>102</sup> Ainda aduz: “O conteúdo do artigo 54 é um negócio jurídico que poderá produzir efeitos negativos para o mercado, e que, por isso mesmo, terá que ser desfeito, parcial ou totalmente”.<sup>103</sup>

Extrai-se que o artigo 54 da atual Lei Brasileira de Defesa da Concorrência tem a finalidade de evitar a ocorrência de efeitos negativos para o mercado, ao contrário do que se observa quando da análise dos artigos atinentes às infrações à ordem econômica.

O *caput* do artigo 54 aplica-se a qualquer ato suscetível de ensejar prejuízos à concorrência, independentemente de o negócio jurídico tratar-se de concentração empresarial, prevista ou não na legislação pátria, ou de simples forma

<sup>101</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**: comentários à legislação antitruste. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 343.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 344.

<sup>103</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**: comentários à legislação antitruste. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 344.

de cooperação. Pode, demais disso, o ato a ser submetido à apreciação do CADE ser uni, bi ou plurilateral.

Sendo assim, necessária a submissão dos atos de concentração empresarial ao CADE e o estudo dos requisitos que devem estar presentes para que seja possível sua aprovação.

### 3.5.2.1 Requisitos para aprovação dos atos de concentração

A primeira condição exigida para a aprovação de um ato de concentração pelo CADE tem por base o objetivo do ato. Assim, o primeiro requisito a ser preenchido na fusão ou incorporação empresarial deve ter por cerne o aumento de produtividade ou o incremento na qualidade dos bens e serviços produzidos, ao realizar análise comparativa entre as empresas isoladamente consideradas e o resultado da unificação, ou, ainda, dotar o mercado de eficiência e promover o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

As condições necessárias para que o CADE autorize a concentração estão elencadas no parágrafo 1º do artigo 54 da Lei 8884/94, cuja transcrição demonstra-se oportuna:

#### Lei 8.884/94

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

§1º. O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o *caput*, desde que atendam as seguintes condições:

I – tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

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

II – os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III – não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV – sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Há que se mencionar que a aprovação do ato de concentração pelo órgão de defesa da concorrência depende da presença conjunta dos requisitos previstos nos incisos I a IV acima, não havendo, destarte, falar-se em alternatividade entre as condições.

Demais de possuir um dos objetivos elucidados pelo inciso I do parágrafo 1º do artigo 54 da Lei 8884/94, o ato, sob qualquer forma manifestado, deverá produzir efeitos benéficos não só para as empresas que dele participam, mas também para os consumidores, sendo que referidos benefícios hão de ser distribuídos equitativamente entre os participantes, isto é, empresas e consumidores.

Por outro lado, os atos praticados pelas empresas, passíveis de restringir de alguma maneira a concorrência no mercado, não poderão ensejar sua eliminação em parte substancial do mercado relevante.

Por fim, o atingimento dos objetivos da concentração empresarial não pode se dar de maneira a extrapolar os limites estritamente necessários para tal. Significa dizer que a implementação dos fins delineados pelas empresas unificadas depende, inexoravelmente, da observância do Princípio da Proporcionalidade, de modo que limitações à concorrência podem ocorrer, mas desde que exista um fim maior a justificá-las.

Consoante exegese do parágrafo 1º do artigo 54 da Lei 8884/94, o preenchimento de todos os requisitos elencados faz-se imperioso para que o ato seja passível de aprovação pelo CADE, sendo que sua não observância ocasiona a reprovação do negócio jurídico, com a conseqüente determinação de desconstituição, a qual é regida pelo disposto no parágrafo 9º do mesmo artigo.

Lei 8.884/94

Art. 54. [...]

§9º. Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do CADE, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

Clara é a intenção do legislador de retornar ao estado fático anterior ao estabelecido quando da celebração do negócio jurídico concentracionista ao determinar que, em caso de desaprovação do ato de concentração submetido à apreciação do CADE, se referido ato tiver produzido efeitos perante terceiros ou não tiver sido celebrado mediante condição suspensiva, necessária será sua desconstituição, seja ela total ou parcial.

Finalmente, extrai-se do parágrafo em comento que é dever do CADE estabelecer as providências a serem observadas para desconstituir o ato de concentração não aprovado, na tentativa de eliminar as externalidades negativas por este ocasionadas ao mercado.

#### *3.5.2.1.1 Situação Excepcional*

O parágrafo 2º do artigo 54 da Lei Antitruste, por sua vez, alberga exceção no que atine ao preenchimento das condições para aprovação do ato de concentração pelo CADE.

Lei 8.884/94

Art. 54. [...]

§2º. Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou ao usuário final.

Por força do disposto no parágrafo em comento, poderá o CADE aprovar ato de concentração quando se fizerem presentes apenas três dos quatro requisitos arrolados no parágrafo 1º. Essa hipótese excepcional verificar-se-á sempre que este órgão que compõe o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência entender que se encontra diante de ato necessário por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum.

### 3.5.2.2 Análise quantitativa e qualitativa dos atos de concentração pelo CADE

Os atos a serem submetidos à apreciação do CADE, definidos pelo *caput* do artigo 54 da Lei 8884/94 enquanto aqueles que, manifestados de qualquer forma, são suscetíveis de limitar ou prejudicar a livre concorrência ou, ainda, resultar na dominação de mercado relevante de bens e serviços, estão especificados no parágrafo 3º, que versa exclusivamente sobre os atos de concentração empresarial e alberga dois critérios ensejadores da obrigatoriedade de submissão.

O parágrafo 3º do artigo ora analisado delimita o campo de aplicação do *caput* ao determinar:

Lei 8.884/94

Art. 54. [...]

§3º. Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

Observa-se, portanto, que o critério de participação no mercado, bem como o faturamento da empresa são essenciais para o controle dos atos de concentração, sendo que o legislador pátrio, ao abordar esses dois critérios, exteriorizou a aplicabilidade do parágrafo em comento tanto às concentrações horizontais e verticais, quanto aos conglomerados.

Nesse sentido manifesta-se Calixto Salomão Filho: “Assim, qualquer concentração, vertical ou horizontal, ou formação de conglomerados em que um dos participantes *passe a deter* ou mesmo *já detenha* 20% do mercado relevante, está sujeita a controle pelo CADE”.<sup>104</sup>

João Bosco Leopoldino da Fonseca, ao versar sobre o parágrafo 3º do artigo 54 da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, assevera:

<sup>104</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 313.

O legislador estabelece uma presunção *juris tantum*, ou seja, uma presunção de que operações superiores aos patamares ali fixados – faturamento superior a R\$ 400.000.000,00 ou participação no mercado em percentual superior a 20% - têm a possibilidade ou a probabilidade de afetar negativamente o mercado.<sup>105</sup>

Em 2005 o CADE editou a Súmula nº 1, a qual se trata de tentativa de unificar sua jurisprudência com relação à abrangência do faturamento mencionado no parágrafo 3º. Eis o teor da Súmula:

Na aplicação do critério estabelecido no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração.

É importante ressaltar que a análise que se fundamenta na aplicação dos critérios da participação no mercado e do faturamento consiste em uma análise quantitativa a ser realizada pelo CADE. No entanto, não se pode olvidar que, demais da análise quantitativa, cabe a este órgão de defesa da concorrência a realização de análise qualitativa do ato que se lhe apresenta.

Já analisar qualitativamente o ato implica a verificação das situações que se demonstrem como possíveis limitadoras da concorrência existente no mercado, uma vez que incumbe ao CADE, órgão pátrio de defesa da concorrência, zelar pela manutenção desta.

Com base no critério qualitativo pode-se afirmar que, mesmo que o agente que celebra o ato concentracionista não possua participação no percentual de 20% em mercado relevante ou não detenha faturamento bruto anual no valor de R\$ 400.000.000,00 no último balanço, o ato de concentração há de ser submetido à apreciação do CADE. Isto se dá sempre que do ato em comento se extrair a possibilidade de limitação ou qualquer outra forma de prejuízo à concorrência ou, ainda, de dominação de mercado relevante de bens e serviços.

Ao discorrer sobre o critério qualitativo, João Bosco L. da Fonseca aduz:

---

<sup>105</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**: comentários à legislação antitruste. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 359.

Considera-se ato que possa prejudicar a concorrência todo aquele que surja sob a forma de uma concentração, entendida esta, genericamente, como a reunião de elementos dispersos em torno de um mesmo centro, tendo como resultado o seu fortalecimento. Tornando-se mais forte, aquele centro passa a ter maior influência econômica.<sup>106</sup>

A análise de qualquer ato de concentração no Brasil, independentemente de este se apresentar sob a forma de fusão ou incorporação de empresas, agrupamento societário ou holding, deve ser feita casuisticamente. Verifica o CADE cada situação específica que lhe é apresentada para, então, constatar se a prática enseja ou não prejuízo à concorrência.

No que tange à concentração vertical, há de se mencionar que a doutrina diverge quanto à necessidade de controle, pois esta forma de integração empresarial não culmina com o incremento do poder de mercado, tal qual se observa na concentração horizontal e, assim sendo, não haveria falar-se em restrições à concorrência.

De acordo com Calixto Salomão Filho, “[...] não é o aumento desse poder, mas sim o ato de concentração (vertical) em si que justifica o controle”.<sup>107</sup>

Assim sendo, a concentração vertical há também de ser controlada pelo CADE. É com o fito de garantir esse controle que o parágrafo 3º do artigo 54 da Lei 8444/94 estabelece não só o critério da participação no mercado, mas também o do faturamento, posto que estes critérios complementam-se, de modo que as concentrações verticais relevantes serão muito provavelmente submetidas à análise do órgão pátrio de defesa da concorrência.

A mesma discussão instala-se quando o tema em pauta são os conglomerados, uma vez que, considerando que as empresas que se integram pertencem a mercados relevantes distintos, de acordo com alguns doutrinadores, nestes casos não ocorreria incremento do poder de mercado.

Entretanto, atenção especial há de ser conferida às empresas que, muito embora não façam parte de um mesmo mercado de referência, são caracterizadoras da concorrência potencial que envolve este mercado.

---

<sup>106</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**: comentários à legislação antitruste. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 360.

<sup>107</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 309.

Nesse caso, se a possibilidade de ingresso no mercado da empresa analisada for fator necessário para que o mesmo não seja definido como concentrado, imprescindível será a submissão do ato concentracionista ao controle estatal, ao contrário do que se observa na hipótese de a eliminação do concorrente potencial não gerar qualquer efeito atinente ao poder de mercado.

O parágrafo 3º do artigo 54 da Lei 8444/94 define parâmetros legais de submissão dos atos de concentração ao controle estatal, pelo que se pode inferir que as situações que não se enquadrem no estabelecido por ele sequer serão objeto de apreciação meritória pelo CADE.

### 3.5.2.3 Momento do controle dos atos de concentração

O controle dos atos de concentração é preventivo. O controle preventivo, assim denominado por anteceder a prática de ato capaz de impedir ou restringir a concorrência no mercado, previne a prática de infrações ao verificar se a concentração realizada entre empresas é ou não suscetível de concentrar também o mercado.

De acordo com explanação de Sérgio Varella Bruna, o controle preventivo “tem sempre em vista não a prática efetiva de abuso, mas sua potencialidade”.<sup>108</sup>

No entanto, o fato de a Lei 8884/94 ter instituído esta modalidade de controle não significa dizer que o mesmo ocorre antes da prática do ato de concentração, visto que, via de regra, tão somente precede o ato infracional, podendo ser posterior à fusão ou incorporação de empresas.

O parágrafo 4º do artigo 54 da Lei Antitruste determina:

Lei 8.884/94

Art. 54. [...]

§ 4º. Os atos de que trata o *caput* deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à Seae.

<sup>108</sup> BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 116.

Em um primeiro momento há que se mencionar que o parágrafo acima transcrito, ao estabelecer que os atos albergados pelo *caput* do artigo 54 da Lei Antitruste deverão ser submetidos a exame, corrobora o já elucidado, ou seja, será necessário que tanto os atos de concentração quanto os de cooperação empresarial sejam apreciados pelo CADE.

Da análise do parágrafo 4º do artigo 54 da Lei 8884/94 constata-se que o legislador pátrio estabeleceu duas possibilidades no que tange ao momento de realização do controle, pois define que este pode anteceder a prática do ato de concentração ou mesmo ser posterior a sua consecução, caso em que é fixado o prazo máximo de quinze dias úteis para apresentação do ato para exame.

A contagem do prazo mencionado no parágrafo em comento inicia-se com a realização do ato de concentração, termo este definido pelo CADE em 1998, por intermédio do artigo 2º da Resolução número 15, como sendo o primeiro ato vinculativo celebrado entre as empresas.

Dispõe o artigo 2º da Resolução nº 15 do CADE, de 28 de agosto de 1998:

O momento da realização da operação, para os termos do cumprimento dos §§ 4º e 5º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, salvo quando alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso.

O consubstanciado no artigo acima transcrito não goza de unanimidade quando se analisa o posicionamento da jurisprudência acerca da questão. Entendimento existe no sentido de que a operação realiza-se não no momento em que é celebrado o primeiro documento vinculativo entre as partes contratantes, mas sim quando da conclusão do negócio jurídico concentracionista.

Importante mencionar que a inobservância do prazo é entendida pelo CADE como prática de infração, pelo que acarreta a imposição de multa ou a abertura de processo administrativo, nos termos do parágrafo 5º do artigo 54 da Lei 8884/94.

Lei 8.884/94

Art. 54. [...]

§5º. A inobservância dos prazos de apresentação previstos nos parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) UFIR nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de UFIR a ser aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do artigo 32.

A fixação da pena pecuniária prevista em tese pelo parágrafo transcrito acima dar-se-á com base no disposto na Resolução nº 36 do CADE, de 19 de maio de 2004 e deverá ser fundamentada, considerando-se sempre as peculiaridades do caso concreto.

A Resolução nº 36, em seu artigo 1º, elenca critérios a serem considerados quando da aplicação de multa às empresas por força da intempestividade na apresentação do ato ao controle do CADE.<sup>109</sup>

O parágrafo 4º do artigo 54 da Lei 8884/94, consoante já exposto anteriormente, determina o encaminhamento da documentação necessária para a análise do ato de concentração à SDE, em três vias, sendo que uma delas será remetida ao CADE e outra à SEAE, oportunidade na qual será elaborado parecer técnico pela SEAE, o qual deve ser seguido de manifestação por parte da SDE e, por fim, julgamento pelo CADE.

O prazo para a atuação dos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é delimitado pelo parágrafo 6º do artigo 54 da Lei 8884/94.

---

<sup>109</sup> Dispõe o artigo 1º da Resolução nº 36 do CADE: Reconhecida a intempestividade de apresentação de ato de concentração sujeito à apreciação do CADE, nos termos do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, será aplicada multa pecuniária, em conformidade com o previsto no art. 27 da mesma Lei, com base nos seguintes critérios:

I – perigo de lesão à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores e a terceiros, avaliado em dias de atraso, contados a partir do termo *a quo* definido, *in casu*, pelo CADE;

II – potencial de dano à concorrência;

III – espontaneidade da apresentação;

IV – reincidência;

V – valor da operação e a situação econômica dos requerentes.

Parágrafo único. A multa aplicada respeitará o mínimo legal de 60.000 UFIR e o máximo legal de 6.000.000 de UFIR.

Lei 8.884/94

Art. 54. [...]

§6º. Após receber o parecer técnico da Seae, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo e, em seguida, encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do CADE, que deliberará no prazo de sessenta dias.

Como se pode observar, a atuação dos órgãos de defesa da concorrência se dá de maneira conjunta, sendo que em diversas circunstâncias a mesma função é exercida por mais de um desses órgãos, causa determinante do desrespeito ao prazo estabelecido e da conseqüente morosidade procedimental.

Tal concorrência no desempenho de funções pode ser explicada pela necessidade de que, atualmente, a investigação referente aos atos de concentração seja realizada tanto pela SDE quanto pela SEAE e até mesmo pelo CADE.

Aparente solução ao problema da morosidade é trazida pelo parágrafo 7º do artigo 54 da Lei 8884/94 ao dispor que:

Lei 8.884/94

Art. 54. [...]

§7º. A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se a sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados.

Ocorre que a aprovação automática a que se refere o parágrafo 7º para o caso de descumprimento do prazo estabelecido no parágrafo imediatamente anterior não faz referência à totalidade do procedimento a ser seguido pelos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência quando da apresentação de um ato de concentração para análise.

A aprovação por decurso de prazo tem lugar na oportunidade de o CADE não prolatar sua decisão nos sessenta dias subseqüentes àquele no qual o processo lhe foi apresentado para julgamento, independentemente de ter sido o prazo de trinta dias conferido pelo parágrafo 6º para atuação da SDE e da SEAE respeitado ou não, o que justifica falar-se em aparente solução do problema da morosidade pelo advento do parágrafo 7º.

**Assim, abordados os aspectos mais relevantes da legislação**

**infraconstitucional no que tange ao tema em pauta, resta necessário que, mais uma vez, se volte o olhar ao disposto na Constituição Federal, porquanto, tal qual já afirmado, o conteúdo desta há de encontrar guarida na prática.**

**Quando se analisa a prática concorrencial, com fulcro não só na Lei 8884/94, mas também e, sobretudo, com espeque no disposto pela Constituição Federal acerca da ordem econômica, imprescindível surge explanação acerca da denominada cultura da concorrência que, como se verá, representa importante aliado na busca da implementação do texto constitucional, mais especificamente no que tange ao necessário equilíbrio entre os princípios da livre iniciativa e livre concorrência e a intervenção estatal sobre o domínio econômico.**

## 4 CULTURA DA CONCORRÊNCIA E SEUS EFEITOS NA SOCIEDADE

Expressão muito utilizada na Europa e praticamente desconhecida em nosso país, a cultura da concorrência pode ser traduzida pelo comportamento ético dos agentes que atuam no mercado, no sentido de não possuírem como norte tão somente o lucro, mas também o bem-estar social.

De acordo com Alexandre Safont Tavares, a promoção da cultura da concorrência depende da implementação dos seguintes fatores:

- Realização de ações de sensibilização com as associações empresariais; - aperfeiçoamento da relação da autoridade com o sistema judicial, com vista a estabilizar conceitos e metodologias e a agilizar, se possível, os recursos;
- continuação da campanha de informação da opinião pública sobre os benefícios da concorrência; - elaboração de material sobre os instrumentos da política da concorrência e a identificação das práticas restritivas para difusão pública.<sup>110</sup>

Vale ressaltar, entretanto, que, tal qual toda cultura, a cultura da concorrência também não pode ser imposta, trata-se de um processo lento, devendo, portanto, ser construída no seio de uma sociedade que zela pela liberdade de atuação das empresas no mercado e que se preocupa com a construção de paradigmas para o futuro.

Nesse sentido, o posicionamento de Abel M. Mateus, que, apesar de versar sobre a cultura da concorrência em Portugal, serve de paradigma para a nossa realidade:

Esperemos que esta nova cultura ganhe raiz e se difunda entre as empresas e os consumidores portugueses, de forma a reforçar a competitividade das primeiras, e o bem-estar dos segundos.<sup>111</sup>

A história do Direito da Concorrência no Brasil é recente e, por corolário, o mesmo se observa quanto à atuação dos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, fatos estes que acabam por justificar

---

<sup>110</sup> TAVARES, Alexandre Safont. **Concorrência e cultura empresarial**. Disponível em: <[http://www.isg.pt/downloads/Cronicas/2006/concorrencaCulturaEmpresarial\\_28Mar06.pdf](http://www.isg.pt/downloads/Cronicas/2006/concorrencaCulturaEmpresarial_28Mar06.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2009.

<sup>111</sup> MATEUS, Abel M. **Concorrência**: para uma nova cultura empresarial. Disponível em: <[http://www.concorrenca.pt/Download/adc\\_american\\_club.pdf](http://www.concorrenca.pt/Download/adc_american_club.pdf)>. Acesso em: 2 mar. 2009.

a precariedade da cultura de uma concorrência sadia que caracterize o país na atualidade.

Acerca do desenvolvimento deste conceito ao redor do mundo, Gesner Oliveira e Cinthia Konichi Paulo asseveram:

Valores e cultura concorrenciais já se fazem presentes nas economias maduras. Eles ainda estão sendo criados e disseminados nas economias em desenvolvimento. Os efeitos de uma lei concorrencial não são imediatos, de maneira que um período de aprendizagem se faz necessário.<sup>112</sup>

A verdadeira compreensão do fenômeno da cultura da concorrência depende de prévia análise dos conceitos de responsabilidade social e de ética.

#### 4.1 RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL

A análise do atual cenário, não só nacional, mas também internacional, revela a presença do tão conhecido fenômeno da globalização, o qual destaca as empresas como importantes agentes no mercado, uma vez que estas tiveram seu poder incrementado de maneira relevante.

A contemporaneidade não mais comporta um enfoque estatocêntrico, devendo, pois, as empresas, reconhecendo a fragilidade estatal, saírem do modelo antigo e migrarem para um atual, de acordo com o qual cabe a estas agirem com responsabilidade, assumindo papéis que antes eram desempenhados apenas pelo Estado.

Exatamente neste sentido manifesta-se Domingo García-Marzá:

[...] devemos voltar a atenção às novas oportunidades que a empresa tem hoje, no aumento de seu poder e, portanto, de sua responsabilidade, entendida como capacidade para responder às expectativas sociais nela depositadas. A causa principal desse aumento de poder deve ser buscada, fundamentalmente, no processo de globalização [...].<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> OLIVEIRA, Gesner; PAULO, Cinthia Konichi. Aspects of brazilian competition policy. **Revista de Direito da Concorrência**, n. 9. jan/mar. 2006. p. 58.

<sup>113</sup> GARCÍA-MARZÁ, Domingo. **Ética empresarial: do diálogo à confiança na empresa**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 28.

Prossegue ao versar sobre a transformação do papel social da empresa, remetendo ao conceito de responsabilidade social elaborado pela Comissão das Comunidades Européias:

[...] integração voluntária, por parte das empresas, das preocupações sociais e ambientais em suas operações comerciais e suas relações com seus interlocutores.<sup>114</sup>

Ainda com relação à progressiva assunção de responsabilidade por parte das empresas ante a diminuição do âmbito de atuação estatal, ensina o acima mencionado autor:

[...] papel de protagonista que o Estado havia exercido, como ator principal da vida social, ou seja, como responsável exclusivo no âmbito público. Dentro desse esquema, a responsabilidade da empresa se limitava a obter lucro e cumprir as leis. Todavia, ultimamente essa relação mudou.<sup>115</sup>

A Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo, dentre os princípios referentes à ordem econômica, a função social da propriedade, conceito que não se confunde com o de responsabilidade social. Enquanto a função social, constitucionalmente prevista, denota um dever por parte de seu destinatário, tratando-se, portanto, de obrigação legal à qual o respeito impõe-se, a responsabilidade social tem por fundamento tão somente a vontade daquele que age de modo a ir além do legalmente exigido.

A aplicação dos conceitos supra ao contexto empresarial exprime uma realidade na qual os agentes econômicos não mais pautam suas condutas apenas em consonância com o exigido por dispositivos legais. Sentem-se socialmente comprometidos, mesmo quando não compelidos por normas expressas, pelo que resta nítida a prática não só da função social por parte das empresas, mas, principalmente, da responsabilidade social.

<sup>114</sup> GARCÍA-MARZÁ, Domingo. **Ética empresarial: do diálogo à confiança na empresa**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 26.  
Comissão das Comunidades Européias. **Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas**. Bruxelas, 2001.

<sup>115</sup> GARCÍA-MARZÁ, Domingo. **Ética empresarial: do diálogo à confiança na empresa**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 30.

As empresas que atuam em prol da sociedade retratam a realidade de um público consumidor mais exigente e é nesse sentido que se manifesta Takeshy Tachizawa: “O novo contexto econômico caracteriza-se por uma rígida postura dos clientes, voltada à expectativa de interagir com organizações que sejam éticas, com boa imagem institucional no mercado, e que atuem de forma ecologicamente responsável”.<sup>116</sup>

Entretanto, as alegações advindas do empresariado não são no sentido de assumir atitudes socialmente responsáveis em decorrência de exigências consumeristas, mas sim da própria consciência ética por esta classe desenvolvida.

Qualquer que seja a motivação das atitudes empresariais dotadas de responsabilidade social, insta, nesta oportunidade, também adentrar no conceito de ética e sua aplicabilidade no comportamento empresarial.

#### 4.2 COMPORTAMENTO ÉTICO DAS EMPRESAS

O estudo do “ethos” da ação humana encontra-se no âmbito da possibilidade, da indeterminação. Discutir ética é, necessariamente, discutir os fins, pois, quando os objetivos são determinados e a questão delinea-se ao redor dos meios a serem utilizados para seu alcance, não se está diante de uma atitude ética, mas sim pragmática.

Em que pese o fato de muitos dos estudiosos sobre o tema em pauta defenderem que as empresas contam com um fim que lhes é próprio: o lucro e que, destarte, todas suas atitudes, inclusive as socialmente responsáveis, são norteadas por este, a tese de que são possíveis algumas atitudes éticas por parte do empresariado não pode ser descartada, muito embora se saiba que esta não é uma situação que se apresenta com freqüência.

---

<sup>116</sup> TACHIZAWA, Takeshy. **Gestão ambiental e responsabilidade social corporativa: estratégia de negócios focada na realidade brasileira**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 23.

Maurício França Fabião traça um conceito de responsabilidade social na atualidade: “Criado originariamente para dar uma resposta às demandas sociais, mas tem sido usado como estratégia de negócios”.<sup>117</sup>

No entanto, o fato de as empresas, enquanto atuam no domínio econômico, serem regidas por uma racionalidade estratégica não faz com que todas as atitudes que delas promanam sejam, inexoravelmente, pragmáticas, pois se demonstra plausível, apesar de, ressalte-se, não ser comum no atual cenário, a presença de empresariado que, demais de possuir o lucro como finalidade essencial, desenvolva projetos despojados deste fim específico e permeados por outros, tais como a responsabilidade social e ambiental, por exemplo.

O que se observa é que as empresas, mesmo na relação estabelecida com a sociedade, continuam orientando-se por uma racionalidade estratégica, pois definem unilateralmente as ações sociais a serem promovidas, carecendo de preocupação com a efetiva participação do cidadão, participação esta que poderia se consolidar por intermédio do diálogo, com o fito de estabelecer as reais necessidades do meio ao qual se destina a atitude socialmente responsável.

Sobre a ética nas empresas Maurício França Fabião preconiza:

A instrumentalização da ética pelas empresas faz com que estas estabeleçam com a sociedade (ONGs ou comunidades) uma relação muito mais hierarquizada, com a determinação quase unilateral de procedimentos e metas (racionalidade estratégica) do que com uma interação participativa, na qual haja um diálogo aberto que busque um consenso entre as partes (racionalidade comunicativa).<sup>118</sup>

Analisando as ações consideradas socialmente responsáveis, as quais acabam por atribuir às empresas que as praticam o título de empresas cidadãs, constata-se que imperiosa se faz a busca da substituição, nas condutas relacionadas à promoção do bem-estar social, da racionalidade estratégica pela comunicativa delineada por Habermas.

Nesse sentido, Domingo García-Marzá, em sua obra *Ética empresarial – do diálogo à confiança na empresa*, utiliza-se dos estudos de Jurgen Habermas:

---

<sup>117</sup> FABIÃO, Maurício França. **O negócio da ética**: um estudo sobre o terceiro setor empresarial. p. 47.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 68.

Uma empresa poderia ser considerada ética, quando as decisões, ações e políticas que adota, assim como as conseqüências e os efeitos das mesmas, em relação aos interesses em jogo, pudessem ser aceitos por todos os implicados e/ou afetados, presentes e futuros, em um diálogo aberto e em condições simétricas de participação.<sup>119</sup>

Esse agir comunicativo possui a linguagem como fonte de integração social, pelo que se pode dizer que uma atitude empresarial socialmente responsável será verdadeiramente dotada de cunho ético quando as empresas, ao assim atuarem, possuírem a finalidade de atender os anseios sociais e não somente atingir o lucro.

Sobre o agir empresarial imbuído de eticidade, conclui Domingo García-Marzá:

A idéia transmitida pela ética empresarial consiste em afirmar que uma empresa merece o qualificativo de ética quando consegue – ou pode conseguir – o acordo entre todas as partes, isto é, quando pode justificar todos os interesses em jogo.<sup>120</sup>

Assim, pode-se inferir que a atuação empresarial que se estabelece no domínio econômico com vistas à promoção do bem-estar social há de ser analisada em cada caso concreto para que, então, seja possível, classificá-la ou não como comportamento ético, sempre tendo como base duas premissas: os fins da ação à qual se propõe a empresa e, ainda, a racionalidade implementada para a consecução dessa prática que se convencionou chamar socialmente responsável.

Outros doutrinadores também entendem necessário um comportamento empresarial ético e, nesse sentido, manifesta-se Adela Cortina:

Unido todo ello al incremento del poder nacional y transnacional de las empresas, una ética empresarial se hace, no sólo posible, sino necesaria [...].<sup>121</sup>

<sup>119</sup> GARCÍA-MARZÁ, Domingo. **Ética empresarial: do diálogo à confiança na empresa**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 161.

HABERMAS, Jürgen. **Conciencia moral y acción comunicativa**. Barcelona: Península, 1985.

<sup>120</sup> GARCÍA-MARZÁ, Domingo. **Ética empresarial: do diálogo à confiança na empresa**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 164.

<sup>121</sup> CORTINA, Adela. **Ética aplicada y democracia radical**. Madrid: Tecnos, 2001. p. 270/271.

Incutir ética no pensamento empresarial representa a adoção de uma conduta socialmente responsável, a qual, ao incidir no âmbito do Direito Concorrencial, cria aquilo que, na Europa, denomina-se Cultura da Concorrência.

Inovando, no Brasil, José Matias Pereira retrata a ausência de uma verdadeira cultura da concorrência, ao versar sobre as tentativas de alteração das decisões do órgão pátrio de defesa da concorrência a fim de satisfazer interesses das próprias empresas e, portanto, particulares, ainda que conflitantes com o próprio interesse do mercado:

Observa-se, em particular nos países em desenvolvimento, com pouca tradição em defesa da concorrência, as interferências políticas e empresariais para rever as decisões dos órgãos de defesa da concorrência. Esse fenômeno também se verifica no Brasil, onde as decisões do CADE não são aceitas pacificamente pelas lideranças políticas e empresariais dos Estados afetados pelas decisões do órgão. Essas pressões que questionam a decisão e a própria existência do CADE podem ser creditadas, entre outros aspectos, à carência de uma cultura no campo da defesa da concorrência no Brasil.<sup>122</sup>

O comportamento concorrencial ético das empresas demonstra a ciência das mesmas acerca do fato de ser a concorrência benéfica e necessária para as próprias empresas, pelo que deve ser preservada.

A conscientização das empresas acerca da imprescindibilidade do respeito às regras da livre competitividade, por sua vez, faz com que seu agir socialmente responsável açambarque o grupo de interesse externo representado pelos competidores, em verdadeira manifestação do que se ousou denominar cultura da concorrência.

Ao explicitar as obrigações da empresa e, por conseguinte, traduzir a extensão de sua responsabilidade, Domingo García-Marzá elabora quadro contendo os grupos de interesse empresarial. Referidos grupos devem ser atingidos pelas atitudes socialmente responsáveis, sendo que dentre estes figuram, com relação aos interesses externos da empresa, os competidores, mais especificamente no que atine ao respeito às regras da livre competitividade.<sup>123</sup>

<sup>122</sup> PEREIRA, José Matias. **Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica**: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S141565552006000200004&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141565552006000200004&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 2 mar. 2009.

<sup>123</sup> GARCÍA-MARZÁ, Domingo. **Ética empresarial**: do diálogo à confiança na empresa. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 195/196.

Constitui, deste modo, a cultura da concorrência uma forma de fazer com que as empresas zelem pela manutenção da concorrência no mercado, fato este que enseja a intervenção minimalista do Estado no domínio econômico, o que significa dizer que este somente imiscuir-se-á nesse particular nos casos em que a concorrência possa, efetivamente, sofrer prejuízos.

A importância da cultura da concorrência também há de ser ressaltada diante da submissão dos atos de concentração econômica ao controle estatal, haja vista que, a depender do comportamento dos agentes que celebram o negócio jurídico, este, ao invés de ocasionar efeitos nocivos para a concorrência no mercado, é suscetível de contribuir sobremaneira para o desenvolvimento econômico do país.

#### 4.3 EFICIÊNCIA NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO E COMPROMISSOS DE DESEMPENHO

##### 4.3.1 Eficiência nos Atos de Concentração

A eficiência de determinada concentração diz respeito ao benefício por esta trazido para o mercado, para a economia nacional ou para os consumidores, benefício este suscetível de justificar eventuais efeitos anticoncorrenciais decorrentes do ato concentracionista.

Diversos doutrinadores no Brasil situam a eficiência dentre as condições para a aprovação de um ato de concentração pelo CADE, pelo que sua não pode deixar de ser realizada. De acordo com Calixto Salomão Filho, “a eficiência é, sem dúvida, a mais importante defesa tratando-se de concentrações”.<sup>124</sup>

Ana Maria de Oliveira Nusdeo aponta a eficiência na produção como consequência benéfica ao mercado, resultante dos atos de concentração de empresas:

---

<sup>124</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 304.

[...] a realização de economias de escala e obtenção de maior eficiência na produção ou administração dos recursos produtivos. [...] a possibilidade de redução do custo unitário de produção de bens ou de serviços e o aumento da capacidade de investimento para a racionalização da produção, desenvolvimento de novas técnicas, inovação do produto e maior capacidade competitiva internacional [...].

[...] a possibilidade de entrada num mercado por um novo agente ou de expansão das atividades de um concorrente [...].<sup>125</sup>

Da mesma maneira procedem Leonardo Arquimino de Carvalho e Gabriela Daou Verenhitch, ao recorrerem aos ensinamentos de Paula A. Forgioni:

Os processos concentracionistas quase sempre tornam as empresas participantes mais eficientes, ocasionando uma série de benefícios ao consumidor – em especial a produção a um custo menor, e conseqüente queda de preços dos produtos – e ao mercado, no sentido de aumentar a competitividade, o que estimula outras empresas à busca de maior eficiência.<sup>126</sup>

A relevância da análise das eficiências também é ressaltada por Luciano Sotero Santiago ao transcrever o pensamento de João Grandino Rodas:

Embora a concentração do mercado provoque mal-estar, o CADE afirma que, para determinados setores, nem sempre o aumento da participação de mercado é o principal fator no julgamento em processo de fusão e aquisição. A lei da concorrência brasileira não prevê limites para a concentração no país. O que também pesa na decisão do Conselho são as eficiências que uma transação pode trazer para as operações das empresas e a garantia de qualidade e preço baixo de produto para os consumidores.<sup>127</sup>

O destaque conferido à eficiência, entendida enquanto economia de escala, faz com que Calixto Salomão Filho discorra sobre sua aplicabilidade às diferentes formas de concentração empresarial.

No que atine à concentração horizontal, faz-se imprescindível asseverar que as eficiências que efetivamente podem ser alegadas como defesa são as economias de escala produtiva e economias decorrentes da especialização das empresas, uma vez que, consoante conclusão do autor acima mencionado,

<sup>125</sup> NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica** (o controle de concentração de empresas). São Paulo: Malheiros, 2002. p. 25.

<sup>126</sup> CARVALHO, Leonardo Arquimino de; VERENHITACH, Gabriela Daou. **Manual de direito da concorrência**. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 114.

<sup>127</sup> RODAS, João Grandino *apud* SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência: doutrina e jurisprudência**. Salvador: Podivum, 2008. p. 297.

após analisar todas as demais economias de escala apontadas pela doutrina como possíveis decorrências desta forma de integração empresarial: “[...] tanto as economias de escala na produção quanto a especialização empresarial requerem mudanças estruturais na empresa que permitam alterar sua forma de produção. Essas mudanças só se tornam possíveis através de concentração empresarial”.<sup>128</sup>

Outras eficiências prescindem da implementação de uma concentração empresarial para se efetivarem, porquanto tanto as economias na distribuição, promoção, pesquisa e desenvolvimento de produtos, custos de capital, quanto as economias de escala com fornecedores, são passíveis de serem obtidas por intermédio da constituição de *joint ventures*, caso em que não haverá concentração de poder no mercado e os resultados obtidos serão os mesmos que adviriam de uma concentração horizontal.

No que tange à concentração vertical, Calixto Salomão Filho assevera:

Toda vez que das relações anteriores das partes for possível determinar que o custo elevado das transações impede a obtenção de economias de escala e de escopo, ao tornar o equilíbrio de preços instável, a concentração se justifica.

Inversamente, caso se observe que o poder no mercado é efetivamente compensatório e que seu resultado prático é um preço de equilíbrio próximo aos preços competitivos, evidentemente a defesa da eficiência através da eliminação de custos de transações não encontra sustentação lógica.<sup>129</sup>

A defesa pautada na eficiência gerada por uma concentração vertical deve ter por fundamento as transações externas necessárias, mas que, em virtude de seu elevado custo, inviabilizam-se. Assim, caso essas transações sejam internalizadas, eliminando-se, pois, seus custos, a eficiência restará demonstrada e o ato concentracionista, a seu turno, justificar-se-á.

A efetiva implementação das eficiências não se verifica tão somente quando da análise dos atos de concentração pelo CADE a fim de aprovar ou não a operação, sendo indispensável que estas continuem sendo visualizadas, porque,

<sup>128</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 305.

<sup>129</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 318.

somente desta maneira, possibilitar-se-á que a conseqüência da concentração seja efeitos positivos para o mercado.

#### 4.3.2 Compromisso de Desempenho

Todo destaque conferido à responsabilidade social empresarial no cenário mundial delineado após o advento da globalização não permite, contudo, que se olvide a importância do Estado, a quem incumbe assegurar o respeito aos direitos fundamentais, dentre os quais, indubitavelmente, inserem-se os econômicos.

Observa-se, portanto, que o próprio surgimento e desenvolvimento das empresas no mercado depende da atuação estatal, que edita e aplica leis que conferem igualdade de oportunidades e evitam a acumulação nociva de poder, proporcionando competitividade.

Nessa tarefa, Domingo García-Marzá exalta a relevância do Estado, mesmo no contexto do mundo globalizado, representado pelo crescente aumento de poder e de responsabilidade por parte das empresas:

O Estado continua sendo necessário, independentemente das fronteiras que tem, como responsável último para garantir e desenvolver os direitos fundamentais.<sup>130</sup>

Complementa seu entendimento afirmando que:

O processo de globalização não implica um desaparecimento do Estado e de suas funções econômicas, mas sim, um recuo na categoria estelar de responsável único pelo âmbito público.<sup>131</sup>

No mesmo sentido é o pensamento de Julio Pascual y Vicente, para quem a defesa da concorrência parte do Estado:

---

<sup>130</sup> GARCÍA-MARZÁ, Domingo. **Ética empresarial**: do diálogo à confiança na empresa. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 31.

Para que exista uma economia de mercado é completamente necessária uma ordem econômica regida pelo império da lei e protegida por um Estado forte, não necessariamente grande, que imponha a lei.<sup>132</sup>

Conforme elucidado, a intervenção do Estado sobre o domínio econômico, a fim de garantir a implementação dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, efetiva-se por meio da atuação dos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com destaque para a atuação do CADE.

Uma vez presentes as condições exigidas pelo artigo 54 da Lei 8884/94, o ato submetido à apreciação do CADE será aprovado, nos prazos fixados pelo mesmo artigo, caso em que seus efeitos retroagirão à data de sua realização, o que significa que o ato apresentado ao CADE submete-se a condição suspensiva, condição esta representada pela aprovação e, assim sendo, a implementação da última é suscetível de atribuir eficácia ao negócio jurídico desde o momento de sua celebração, nos termos do parágrafo 7º do artigo acima mencionado.

Todavia, a aprovação do ato de concentração apresentado ao CADE encontra-se atrelada não só ao preenchimento das condições legalmente exigidas, mas sim, e principalmente, à análise de todas as circunstâncias que particularizam o caso concreto.

Um ato de concentração detém em sua essência a majoração do poder econômico, fato este passível de ocasionar prejuízos à concorrência que deve permear o mercado.

Acerca dos efeitos da concentração empresarial, professa João Bosco Leopoldino da Fonseca: “A concentração econômica se traduz num aumento da dimensão das empresas, quer pela eliminação das concorrentes, quer pela extensão setorial e geográfica”.<sup>133</sup>

Entretanto, considerando que um ato de concentração é suscetível de, muitas vezes, comprometer a livre iniciativa e a livre concorrência que devem estar presentes no mercado, cabe ao CADE, enquanto responsável pela implementação desses princípios constitucionais, verificar se existe um fim maior a

---

<sup>131</sup> GARCÍA-MARZÁ, Domingo. **Ética empresarial: do diálogo à confiança na empresa**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 32.

<sup>132</sup> PASCUAL y VICENTE, Julio. La defensa de la competencia: un objetivo político de hoy. **Gazeta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia**, n. 207. Mayo/Junio, 2000. p. 9.

<sup>133</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência: comentários à**

justificar a limitação concorrencial e, somente nesta hipótese, após utilizar-se do Princípio da Proporcionalidade, justificar-se-á a aprovação do ato concentracionista.

Caso o CADE entenda que o resultado do ato de concentração sobrepõe-se à diminuição dos índices de concorrência no mercado e que os objetivos apresentados, em deixando de ser respeitados, são contornáveis, decidirá pela aprovação sem ressalvas. Por outro lado, se visualizar a possibilidade de prejuízos irreparáveis à concorrência, muito embora entenda que o ato deva ser aprovado por passível de ensejar mais vantagens que desvantagens ao mercado, a aprovação poderá restar condicionada à aceitação e implementação de compromissos previamente definidos pelo CADE, por parte das empresas que celebram o negócio jurídico.

Nítida, pois, a adoção da regra da razão, também conhecida como *rule of reason*, pelo ordenamento jurídico pátrio quando da análise dos atos concentracionistas. Muitas vezes as concentrações econômicas são consideradas benéficas para um país e não devem, portanto, ser tratadas como se atos ilícitos fossem pelo simples fato de ensejarem a concentração do mercado acima de determinado percentual, demonstrando-se, desta maneira, imprescindível a ponderação entre as possíveis eficiências resultantes da operação e seus eventuais prejuízos concorrenciais.

Pode-se, portanto, afirmar com segurança que a intervenção do Estado, por meio das leis e dos órgãos de defesa da concorrência, nas concentrações empresariais, deve sempre se consubstanciar com vistas não só a garantir a aplicação dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, mas também com o fito de incrementar a economia nacional.

É neste contexto que se situa o denominado compromisso de desempenho, previsto no artigo 58 da Lei 8884/94, que assim dispõe:

Lei 8.884/94

Art. 58. O Plenário do CADE definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no parágrafo 1º do referido artigo.

§1º. Na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes.

§2º. Deverão constar dos compromissos de desempenho metas qualitativas ou quantitativas em prazos predefinidos, cujo cumprimento será acompanhado pela SDE.

§3º. O descumprimento injustificado do compromisso de desempenho implicará a revogação da aprovação do CADE, na forma do artigo 55, e a abertura de processo administrativo para adoção das medidas cabíveis.

Como visto, existem situações nas quais os atos serão aprovados pelo CADE sem qualquer restrição. No entanto, em outras, a fim de evitar que o mercado seja palco de prejuízos concorrenciais irreversíveis, a autorização restará condicionada à assunção de compromissos, definidos discricionariamente pelo CADE, por parte das empresas contratantes, como forma de garantir o cumprimento das condições estabelecidas no artigo 54 da Lei 8884/94 e, via de consequência, assegurar a preservação da concorrência.

Os compromissos assumidos pelas sociedades e empresas em geral atentarão sempre para as peculiaridades do caso concreto apresentado para julgamento pelo CADE e poderão possuir natureza estrutural, caso no qual se determina a desconstituição de parte ou da totalidade do ato concentracionista, ou natureza comportamental, hipótese na qual se verifica a imposição de compromissos específicos como o aumento de produtividade, etc.

Há que se mencionar que, enquanto as soluções estruturais independem de fiscalização, a verificação do adimplemento das condições comportamentais será realizada constantemente pelos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, fato este que justifica a assertiva de Luciano Sotero Santiago, ao invocar Carlos Jacques Vieira Gomes e Shyam Khemani:

Em ambas soluções, o objetivo é resguardar a concorrência e evitar o futuro (reprovável) exercício abusivo de poder econômico. Contudo, a teoria internacional sobre concorrência defende que, de uma maneira geral, as soluções estruturais são mais eficientes porque dispensam uma fiscalização futura por parte do órgão de defesa da concorrência. Entretanto, como cada caso é diferente e requer providências específicas, não é possível estabelecer uma regra geral para a matéria.<sup>134</sup>

O compromisso de desempenho atencará para a realidade das empresas envolvidas, de modo que não restem minimizadas quando comparadas às

que compõem o cenário internacional e, demais disso, revelará a preocupação do Estado com a manutenção dos índices de emprego.

Da mesma forma que o parágrafo 1º do artigo 54 da Lei 8884/94 prevê objetivos quantitativos e qualitativos, o compromisso, que tem por fim justamente garantir a implementação destas condições, deve refletir a imprescindibilidade de o ato ser permeado por ambos os aspectos, haja vista que “O fenômeno econômico não pode ser visto somente como expressão de quantidade de bens, como parte daquela mitologia do enriquecimento e da acumulação de bens materiais, mas deve também ser visualizado como busca da qualidade”.<sup>135</sup>

Portanto, o compromisso de desempenho é firmado quando da aprovação do ato de concentração pelo CADE. Nesse caso, não se está diante de ato aprovado sem ressalvas, ao contrário, a aprovação do ato resta condicionada ao cumprimento de parâmetros estabelecidos pelo CADE, com o fito de garantir que as condições definidas pelo parágrafo 1º do artigo 54 da Lei 8884/94, necessárias para que a concentração fosse permitida, sejam cumpridas.

Assim, apesar de o ato já ter sido aprovado pelo CADE quando este e as empresas que celebram o negócio jurídico firmam o termo de compromisso de desempenho, o descumprimento imotivado do avençado no termo enseja a revogação da aprovação do ato de concentração.

Vale mencionar que a permanente fiscalização do cumprimento das metas contidas no termo de compromisso trata-se de incumbência da SDE e que, diante do descumprimento, demais de revogar o ato aprovado, o CADE determinará a instauração de processo administrativo visando a apuração de eventual infração à ordem econômica.

Oportuno salientar que o compromisso de desempenho não pode ser confundido com o compromisso de cessação. Ao passo que o compromisso de desempenho foi delineado para utilização quando da realização do controle de estrutura, objetivando, portanto, a implementação de benefícios determinados pela Lei enquanto contraprestação aos prejuízos concorrenciais, o compromisso de cessação encontra-se intimamente relacionado ao controle de conduta, já que se destina ao combate às práticas anticompetitivas.

---

<sup>134</sup> SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência**: doutrina e jurisprudência. Salvador: Juspodivum, 2008. p. 263.

Além da supra mencionada diferença entre o compromisso de desempenho e o de cessação, importante outro aspecto diferenciador, levantado por Luciano Sotero Santiago:

[...] o compromisso de desempenho tem função prospectiva e preventiva, ou seja, está mais preocupado com as condições futuras da estrutura de mercado a fim de evitar atos prejudiciais à concorrência, que decorram da prática de abuso de poder econômico. O compromisso de cessação, por sua vez, dado ao caráter retrospectivo e repressivo do controle de conduta, está voltado para o restabelecimento das condições de concorrência do mercado, que foram alteradas pela atuação abusiva do poder econômico.<sup>136</sup>

O compromisso de desempenho também não se confunde com o denominado acordo de preservação de reversibilidade da operação, que tem como fundamento o disposto nos artigos 55 e 83 da Lei 8884/94.

Imprescindível enfatizar que o ato de concentração é apresentado ao CADE para julgamento e que pode ou não ser aprovado. As decisões do CADE, por sua vez, são passíveis de recurso, tanto na esfera administrativa quanto na judicial. Assim, poderá o relator ou qualquer das partes solicitar que seja firmado acordo de preservação de reversibilidade da operação, com o fulcro de garantir que as situações ainda não definitivamente julgadas não alterem as condições de mercado, considerando a possibilidade de posicionamento pela não realização do negócio jurídico concentracionista.

Já com relação ao objetivo do acordo de preservação de reversibilidade da operação – APRO –, Santiago bem elucida ao manifestar-se no sentido de que: Caso a fusão ou a incorporação seja vetada pelo CADE, por considerá-la prejudicial à concorrência, fica fácil desfazê-la.<sup>137</sup>

De fato, constata-se que ao CADE é conferida a possibilidade de propor assinatura de APRO por parte das empresas que celebram negócio jurídico de fusão ou incorporação sempre que a análise deste negócio demonstrar-se lenta e complexa.

O APRO representa uma tentativa de contornar os efeitos prejudiciais ao mercado ensejados pelo momento em que o controle dos atos de

---

<sup>135</sup> FONSECA, Joao Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**: comentários à legislação antitruste. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 381.

<sup>136</sup> SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência**: doutrina e jurisprudência. Salvador: Podivum, 2008. p. 294.

<sup>137</sup> Ibidem, p. 296.

concentração, por força do disposto na Lei Antitruste, realiza-se. Neste aspecto específico vale lembrar que o referido momento de controle constitui um dos pontos de alteração no Projeto de Lei de Defesa da Concorrência.

Nas palavras de Luciano Sotero Santiago, fica salientada a maior preocupação do órgão pátrio de defesa da concorrência diante da atual onda de fusões:

[...] evitar que as empresas compradoras criem situações de fato, tornando os negócios irreversíveis e, com isso, inviabilizando uma eventual decisão contrária por parte do órgão antitruste.<sup>138</sup>

Retoma o doutrinador o mesmo raciocínio acima exposto ao se referir à atuação das empresas:

Por meio dessa medida, que é relativamente nova no âmbito da legislação concorrencial, elas se comprometem a manter as empresas adquiridas sob gestão separada e independente até o julgamento definitivo do negócio.<sup>139</sup>

Percebe-se, portanto, que, enquanto o compromisso de desempenho possui a finalidade de assegurar que o ato de concentração alcançará benefícios para o mercado, o acordo de preservação de reversibilidade da operação tem o fito de garantir a manutenção das condições mercadológicas até o julgamento em definitivo da situação.

#### 4.4 INCENTIVO AO DESENVOLVIMENTO DE UMA CULTURA DA CONCORRÊNCIA JUNTO AO PODER JUDICIÁRIO

Uma vez analisada a cultura da concorrência enquanto comportamento ético das empresas, de modo a beneficiar o mercado e o consumidor quando de sua implementação, menção também há de ser feita à premente necessidade de o próprio Poder Judiciário, enquanto órgão revisor das

---

<sup>138</sup> SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência:** doutrina e jurisprudência. Salvador: Podivum, 2008. p. 295.

<sup>139</sup> Ibidem, p. 295/296.

decisões que promanam do CADE, empenhar-se no desenvolvimento dessa cultura internamente.

Os órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência têm, por missão precípua, garantir a concorrência no mercado, sendo uma de suas atribuições a promoção da cultura da concorrência, pelo que não se costuma falar na necessidade de desenvolvimento desta junto a referidos órgãos.

No entanto, conforme já dito, as decisões do CADE são passíveis de recurso para o Poder Judiciário, fato este que possui como conseqüência sua atuação em questões atinentes à defesa da concorrência.

Nesse sentido, Luciano Sotero Santiago, enfatiza:

Como as decisões do CADE são levadas à Justiça, os juízes, e não os conselheiros do CADE, se tornam os efetivos implementadores das políticas de concorrência no Brasil.<sup>140</sup>

Ocorre que, tal qual elucidado acima, ao invocar o pensamento do subprocurador geral do CADE, muitas vezes a decisão prolatada pelos magistrados em substituição à dos procuradores do CADE não é dotada de tecnicidade.

Assim, pode-se asseverar que não somente as empresas que atuam no mercado hão de se comprometer com o desenvolvimento da cultura da concorrência, mas também se vislumbra como indispensável a atuação do Poder Judiciário nesta mesma esteira, sob pena de se assistir à derrocada de qualquer esforço dos órgãos de defesa da concorrência e do empresariado no sentido da consolidação de mencionada promoção.

A relevância do aqui mencionado acerca da premente necessidade de desenvolver uma cultura da concorrência junto ao Poder Judiciário é corroborada pelas palavras de Luciano Sotero Santiago, ao analisar um caso específico que já havia sido submetido ao CADE e encontrava-se perante o Poder Judiciário na oportunidade:

---

<sup>140</sup> SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência:** doutrina e jurisprudência. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 371.

É desolador que um magistrado classifique como detalhe o parecer do mais importante órgão de regulação da concorrência no país na hora de tomar uma decisão que trata pura e simplesmente de concorrência. O pior é que não há o que fazer, pois a última palavra será dada pela Justiça.<sup>141</sup>

Portanto, tão somente o incremento da cultura da concorrência perante o Poder Judiciário e à sociedade em geral é suscetível de garantir a efetividade de toda a legislação pátria que versa acerca do Direito da Concorrência.

Elizabeth Farina, ex-presidente do CADE, manifesta-se: o CADE e o Judiciário precisam se aproximar e chegar a um entendimento sobre o papel que desempenham no julgamento de cartéis, fusões e aquisições.<sup>142</sup>

Constata-se, portanto, que premente exsurge a necessidade de aprimoramento da cultura da concorrência não só por parte das empresas que atuam no mercado, mas também pelo Poder Judiciário, que deve conscientizar-se acerca do fato de que a implementação de uma verdadeira e efetiva política de defesa da concorrência depende, inexoravelmente, de sua interação com os órgãos pátrios de defesa da concorrência.

#### 4.5 A BUSCA DE UMA CULTURA CONCORRENCIAL COMO EQUILÍBRIO ENTRE A LIBERDADE DE INICIATIVA E DE CONCORRÊNCIA E A INTERVENÇÃO ESTATAL

A relevância de se buscar um equilíbrio de forças reside no fato de o texto constitucional prever, além da intervenção estatal, o Princípio da Livre Iniciativa, sendo que ambos devem ser respeitados, porém seus limites não foram estabelecidos pela Carta Magna.

Ao defender a impossibilidade de aplicação de qualquer princípio constitucional de maneira absoluta, Egon Bockmann Moreira utiliza-se da terminologia intervenção sensata.

De acordo com este doutrinador, a manifestação do Estado na ordem econômica, apesar de prevista constitucionalmente, não pode subverter

---

<sup>141</sup> SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência:** doutrina e jurisprudência. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 40.

<sup>142</sup> FARINA, Elizabeth *apud* SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência:** doutrina e jurisprudência. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 373.

garantias também expressamente consagradas, a exemplo do que ocorre com a liberdade de empresa, de iniciativa e de concorrência, pelo que há de ser compreendida como exceção:

[...] intervenção sensata: proporcional e razoável ao mercado e aos interesses públicos e privados em jogo. Num sistema capitalista que celebra constitucionalmente a liberdade de iniciativa, a liberdade de empresa e a liberdade de concorrência (Constituição, artigo 170), a intervenção do Estado na Economia há de ser necessária, ponderada, excepcional e pontual [...].<sup>143</sup>

Tem-se, então, que a intervenção estatal é perfeitamente possível, mas não deve lesar a livre iniciativa, o que significa dizer que serve tão somente para o controle das externalidades negativas, decorrentes de comportamentos anticompetitivos, ou que ameacem a livre concorrência, uma vez que, apesar de parecerem disposições antagônicas há necessidade de se buscar um ponto de equilíbrio entre a livre iniciativa e a intervenção estatal, para que uma não acabe por anular a outra.

Nesta oportunidade, há que se ressaltar que, via de regra, a intervenção estatal sobre o domínio econômico, por intermédio do CADE, ocorre com vistas a garantir que o mercado não seja palco de práticas anticompetitivas, assegurando, na medida do possível, a implementação dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência.

Acerca deste aspecto, relevante o posicionamento de Shyam Khemani, citado por Luciano Sotero Santiago:

[...] a defesa da concorrência existe para fomentar a livre iniciativa, ela é, portanto, pró-mercado, na medida em que contribui para facilitar o acesso ao mercado, para diminuir as barreiras à entrada, beneficiando, pois, tanto os empresários quanto os consumidores.<sup>144</sup>

Ocorre que uma excessiva intervenção acabaria por lesar os próprios princípios constitucionais para a defesa dos quais a Constituição Federal determinou a fiscalização estatal.

---

<sup>143</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata. CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 81.

Ainda no sentido da excepcionalidade da intervenção estatal no domínio econômico, tendo em vista a consagração constitucional da livre iniciativa e da livre concorrência, dignas de nota as palavras de José Inácio G. Franceschini:

A idéia de que a concentração econômica é, em princípio, geradora de dano potencial ao mercado, viola a *mens legis* da Constituição Federal. Ao contrário, esta estabelece uma presunção *iuris tantum* de legitimidade, de licitude dos chamados atos de concentração.<sup>145</sup>

Nesse contexto, é fundamental desenvolver uma cultura da concorrência no empresariado nacional, haja vista que esta culmina com a desnecessidade de uma excessiva intervenção do Estado, pois o processo de conscientização empresarial possui como conseqüência a concessão de atenção, por parte das empresas, para a importância da efetiva concorrência no mercado.

A busca por uma cultura concorrencial revela a realidade de algumas empresas, socialmente responsáveis, que atuam eticamente ao almejar a consecução de fins comuns a toda a sociedade, fins estes descobertos por intermédio do diálogo, alheando-se, destarte, de metas unicamente relacionadas ao lucro.

Desse conceito plural de empresa delineado por Domingo García-Marzá, fazem parte também os competidores, de modo que o agir ético depende da inserção destes no diálogo, do respeito a sua atuação.

Toda visão restrita de empresa, que só leva em conta alguns desses interesses e se reduz a uma visão parcial e unilateral, está fora de lugar com relação àquilo que a sociedade dela espera. [...] conceito plural de empresa, para a qual a realidade empresarial constitui uma pluralidade de grupos de interesses, cuja interação define sua existência.<sup>146</sup>

Assim, no momento em que a empresa atenta para a realidade de seus semelhantes, de maneira que a manutenção da competitividade no mercado

<sup>144</sup> KHEMANI, Shyam *apud* SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência**: doutrina e jurisprudência. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 377.

<sup>145</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Condições impostas pelo CADE à aprovação de atos de concentração: um erro de paradigma. **Revista de Direito da Concorrência**, n. 2. abr/jun. 2004. p. 83.

<sup>146</sup> GARCÍA-MARZÁ, Domingo. **Ética empresarial**: do diálogo à confiança na empresa. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 154.

passa a figurar dentre suas metas, pode-se afirmar que há prevalência do agir comunicativo. Assim entende García-Marzá:

[...] conceito corporativo de empresa, em que a estratégia se une com os mecanismos comunicativos, como o respeito ou a sinceridade; em que a rentabilidade, a eficácia ou a competitividade se sustentam em aspectos como a confiança, a reputação ou a lealdade.<sup>147</sup>

A cultura da concorrência é suscetível de garantir que dentre os objetivos da empresa encontram-se os anseios dos demais agentes que atuam em igualdade de condições no mercado, pois consciente de que deste fato depende a manutenção da competitividade, tão necessária à sua própria sobrevivência.

Resta clara a importância de difundir a necessidade de um processo de conscientização do empresariado, de forma a não permitir que a intervenção estatal acabe por anular o Princípio da Livre Iniciativa, uma vez que, enquanto as empresas atuarem eticamente e concorrendo em igualdade de condições, não se vislumbram motivos para ocorrer a intervenção.

De todo o exposto extrai-se que o limite da intervenção é a não anulação do Princípio da Livre Iniciativa, sendo que uma cultura de concorrência ética surge como um meio de potencializar o equilíbrio entre os dispositivos constitucionais em comento.

## CONCLUSÃO

A análise da realidade brasileira demonstra que, em que pese o preconizado na Carta Magna e o normatizado infraconstitucionalmente acerca do Direito da Concorrência, urge a implementação de avanços nessa seara.

O aprimoramento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, entretanto, não pode condicionar-se às alterações legislativas, sendo imprescindível que, tal qual observamos em todos os demais ramos do Direito, a sociedade avance para, somente então, serem delineadas leis condizentes com os anseios sociais.

O primeiro passo para a efetiva implementação do disposto na Constituição da República Federativa do Brasil acerca dos Princípios da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência, bem como da intervenção estatal no domínio econômico a fim de promover a fiscalização do mercado, é a constatação de que dos atos concentracionistas praticados pelas empresas podem decorrer duas conseqüências, haja vista que o negócio jurídico concentracionista é suscetível de ensejar tanto externalidades negativas quanto positivas para o mercado.

Um mercado no qual de fato existe concorrência entre as empresas que o compõem proporciona maiores benefícios aos consumidores, que exercem sua liberdade de escolha e não restam adstritos a preços estabelecidos unilateralmente.

Não há dúvida quanto ao fato de que as concentrações econômicas podem ensejar o cometimento de infrações à ordem econômica. No entanto, há que se ter em mente que estes atos contribuem sobremaneira para a expansão empresarial, de modo que empresas de maior porte são suscetíveis de conquistar não só o mercado interno, mas também de projetar a imagem no Brasil no âmbito internacional.

Não se pode olvidar também que o excessivo controle dos atos de concentração empresarial por parte do Estado, nesta ocasião representado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, pode ensejar o desrespeito às liberdades consubstanciadas na Constituição Federal de 1988 e, por outro lado, a não intervenção também viola a intenção do constituinte.

---

<sup>147</sup> GARCÍA-MARZÁ, Domingo. **Ética empresarial: do diálogo à confiança na empresa**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 155.

Como deve o CADE agir diante deste aparente paradoxo? Como conciliar disposições que à primeira vista mostram-se antagônicas? Os problemas são majorados quando se constata que referidas determinações constam da lei maior, pelo que o conflito não pode ser resolvido por meio de simples aplicação das regras de hermenêutica.

Entende-se que a atuação do Estado é legítima até o instante que esbarra na liberdade de iniciativa e de concorrência, de modo que ambas as previsões constitucionais não de conviver harmonicamente, sem que qualquer delas prevaleça sobre a outra.

Vige, destarte, a liberdade de iniciativa e a liberdade de concorrência, sendo permitidas limitações a estas no caso de as mesmas serem utilizadas de modo a ocasionar prejuízos ao mercado e, conseqüentemente, a qualquer dos agentes que nele atuam.

Uma vez assentadas as primeiras premissas sobre a atuação dos órgãos pátrios de defesa da concorrência quando da análise dos atos de concentração econômica, há que se ressaltar a importância do comportamento ético das empresas diante deste contexto.

A conscientização do empresariado acerca da relevância da manutenção da concorrência no mercado representa um fator que potencializa a possibilidade de obter o equilíbrio entre as disposições constitucionais objeto do presente estudo. Esta afirmação encontra respaldo no fato de que o desenvolvimento da cultura da concorrência junto às empresas nacionais denotaria a desnecessidade de uma excessiva intervenção estatal, vez que os atos concentracionistas seriam praticados não com o intuito de permitirem posteriores condutas anticompetitivas, mas com vistas a garantir maior competitividade e maiores benefícios para a sociedade.

Incumbe, pois, ao Estado esforçar-se no sentido de desenvolver esta cultura junto ao empresariado, uma vez que somente desta maneira o Brasil fará jus ao *status* de Estado Democrático de Direito que lhe foi conferido pela Constituição de 1988, não pendendo nem para o Estado Social, nem supervalorizando suas características de Estado Liberal.

## REFERÊNCIAS

- AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**: do direito nacional ao supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas**: estudo da experiência comunitária e aplicação do artigo 54 da Lei 8884/94. Singular.
- ARAÚJO JR., José Tavares de. Perspectivas da política de concorrência no Brasil: o controle de fusões e aquisições. **Revista de Direito da Concorrência**, n. 9. jan/mar. 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BORGES, Alexandre Walmott. **A ordem econômica e financeira da constituição e os monopólios**: análise das alterações com as reformas de 1995 e 1999. Curitiba: Juruá, 2002.
- BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BULGARELLI, Waldirio. **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARVALHO, Leonardo Arquimino de; VERENHITACH, Gabriela Daou. **Manual de direito da concorrência**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.
- CORTINA, Adela. **Ética aplicada y democracia radical**. Madrid: Tecnos, 2001.
- DEL MASSO, Fabiano. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- FABIÃO, Maurício França. **O negócio da ética**: um estudo sobre o terceiro setor empresarial.

FABRETTI, Láudio Camargo. **Incorporação, fusão, cisão e outros eventos societários**: tratamento jurídico, tributário e contábil. São Paulo: Atlas, 2001.

FILHO, Calixto Salomão. **Direito concorrencial**: as estruturas. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**: comentários à legislação antitruste. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Condições impostas pelo CADE à aprovação de atos de concentração: um erro de paradigma. **Revista de Direito da Concorrência**, n. 2, abr/jun. 2004.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Introdução ao direito da concorrência**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GARCÍA-MARZÁ, Domingo. **Ética empresarial**: do diálogo à confiança na empresa. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e Direito Antitruste**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica e constituição no estado de direito democrático**.

GOMES, Sérgio Alves. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**.

HABERMAS, Jurgen. A nova intransparência: a crise do Estado de Bem-Estar Social e o esgotamento das energias utópicas. **Cadernos CEBRAP**, n. 18, São Paulo, 1987.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**, ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Ícone, 2008.

MATEUS, Abel M. **Concorrência**: para uma nova cultura empresarial. Disponível em: <[http://www.concorrenca.pt/Download/adc\\_american\\_club.pdf](http://www.concorrenca.pt/Download/adc_american_club.pdf)>.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 3.ed. São Paulo: Atlas,

MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica** (o controle de concentração de empresas). São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Gesner; PAULO, Cinthia Konichi. Aspects os brazilian competition policy. **Revista de Direito da Concorrência**, n. 9. jan/mar. 2006.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PAMPLONA, Juliana Faria. **A importância do conceito de mercado relevante na análise antitruste (aspectos da Lei 8.884/94)**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8416>>.

PASCUAL y VICENTE, Julio. La defensa de la competencia: un objetivo político de hoy. **Gazeta Jurídica de la Unión Europea y de la Competência**, n. 207. Mayo/junio, 2000.

PEREIRA, José Matias. **Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S141565552006000200004&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141565552006000200004&lng=pt&nrm=iso)>.

PÉREZ, José María Beneyto (Dir.); GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo Marillo (Coord.). **Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España**. Barcelona: Bosch, 2005. t.1.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Martha Asunción Enríquez. **Direito da concorrência e posição dominante na União Européia e MERCOSUL**. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica São Paulo, 1999.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrência: as estruturas**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia**. 5.ed. São Paulo: Best Seller, 1992.

SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência:** doutrina e jurisprudência. Salvador: Juspodivm, 2008.

SOUTO, Marcos Jurena Villela. **Direito administrativo da Cenomia.** Curitiba: Lúmen Juris, 2003.

TACHIZAWA, Takeshy. **Gestão ambiental e responsabilidade social corporativa:** estratégia de negócios focada na realidade brasileira. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TAVARES, Alexandre Safont. **Concorrência e cultura empresarial.** Disponível em: <[http://www.isg.pt/downloads/Cronicas/2006/concorrencaCulturaEmpresarial\\_28Mar06.pdf](http://www.isg.pt/downloads/Cronicas/2006/concorrencaCulturaEmpresarial_28Mar06.pdf)>.