

Simara Zonta

**ATOS DE CONCENTRAÇÃO ENTRE EMPRESAS  
EM FACE DA LEI ANTITRUSTE**

**O princípio da livre iniciativa sob a égide de atuação do  
Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE**

Curitiba (PR) 2004

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO EMPRESARIAL CONTRATUAL**

**ATOS DE CONCENTRAÇÃO ENTRE EMPRESAS**  
**EM FACE DA LEI ANTITRUSTE**

**O princípio da livre iniciativa sob a égide de atuação do**  
**Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE**

Monografia apresentada à banca examinadora da Universidade Federal do Paraná, como exigência parcial para obtenção do grau de especialista no Curso de Direito Empresarial Contratual.

Banca Examinadora:

Daniela Ballão Ernlund (Orientadora)

Márcia Carla Pereira Ribeiro

Carlos Eduardo Manfredini Hapner

Curitiba (PR), 2004

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**ATOS DE CONCENTRAÇÃO ENTRE EMPRESAS  
EM FACE DA LEI ANTITRUSTE**

**O princípio da livre iniciativa sob a égide de atuação do  
Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE**

**por**

**SIMARA ZONTA**

Monografia aprovada como requisito parcial para a  
obtenção do grau de especialista no Curso de Direito  
Empresarial Contratual, da Universidade Federal do  
Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientadora: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Estudo sobre os atos de concentração entre empresas em face da lei antitruste e a incidência do princípio da livre iniciativa. Constatou-se que a legislação brasileira acerca da regulamentação jurídica da concorrência evoluiu ao longo do tempo, culminando na Lei nº 8.884/1994, que, em consonância com a Constituição Federal de 1988, confere ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE a função preventiva de análise e aprovação dos atos de concentração entre empresas, como condição para sua validade, quando importar em poder de mercado, decorrente da detenção de parcela substancial de mercado relevante. Verifica-se que os atos de concentração entre empresas, mesmo que importem em violação à legislação antitruste, podem ser autorizados, desde que processados dentro dos limites necessários, não limitem a concorrência e confirmem benefícios ao mercado consumidor. O princípio constitucional da livre iniciativa, conforme doutrina de Celso Ribeiro Bastos, Eros Roberto Grau, José Afonso da Silva, Calixto Salomão Filho, dentre outros citados, deve subsistir de forma harmoniosa com os demais princípios constitucionais, dentre eles, a livre concorrência. Conseqüentemente, surge a necessidade de examinar as decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que, com base nos critérios antes informados, reprovam total ou parcialmente os atos de concentração entre empresas; a fim de que se possa aferir a validade dessas decisões quando confrontadas ao princípio da livre iniciativa.

## SUMÁRIO

Introdução	05
1 Defesa da concorrência	07
1.1 Aspectos históricos	07
1.2 Fundamentos	10
2 Atos de concentração submetidos ao controle do Cade	13
2.1 Definição	13
2.2 Abuso do poder de mercado	17
2.3 Critérios para análise do ato de concentração pelo Cade	22
2.4 Autorização de condutas anticoncorrenciais	32
3 Constituição federal de 1988 e a livre iniciativa	36
3.1 Definição de livre iniciativa e livre concorrência	36
3.2 Exame pelo Cade	41
3.3 Conjugação da livre iniciativa e livre concorrência	55
Conclusão	62
Bibliografia	66

## INTRODUÇÃO

O atual contexto econômico, com relevante destaque da globalização, vem propiciando a criação e consolidação de blocos econômicos e a adoção de modelos estratégicos de parceria empresarial, como pressuposto essencial de sobrevivência, conquista e manutenção de mercados.

A ampliação e consolidação de atos de concentração entre empresas, concomitantemente, demanda a implementação da cultura de defesa da concorrência, de maneira a resguardar a economia e o mercado de consumo da prática de abusos, bem como, atrair investimentos, que têm relação direta com a segurança jurídica que o país hospedeiro oferece.

O presente trabalho, sem a pretensão de esgotar o assunto e com enfoque bibliográfico, doutrinário e jurisprudencial, tem por finalidade identificar critérios e parâmetros adotados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, para, sob a égide da legislação antitruste, impor limites e restrições aos atos de concentração entre empresas e verificar se tais limites violam o princípio constitucional da livre iniciativa.

A presente pesquisa é dividida em três partes, sendo primeiramente apresentada a evolução histórica da defesa da concorrência no Brasil e seus fundamentos, para em seguida analisar os critérios e parâmetros adotados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE na apreciação dos atos de concentração e por fim, examinando os princípios da livre iniciativa e livre concorrência, confrontá-los com a atuação do CADE.

Além dos dispositivos constitucionais que fundamentam a livre iniciativa, livre concorrência, a repressão ao abuso do poder econômico e a intervenção do Estado (artigos 170, 173 e 174), também será examinada a Lei nº 8.884/1994, que confere ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE poderes para reprovar total ou parcialmente atos de concentração entre empresas, caso não atendidas as exigências estabelecidas na própria lei.

Diante das recentes decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, as quais têm causado grande repercussão, não só entre as partes contratantes, que submetem os atos de concentração à apreciação, mas também entre Estados e sociedade de modo geral, porque, não raras vezes, especialmente quando de caráter restritivo ou proibitivo, podem gerar reflexos diretos não somente sobre o mercado de consumo, mas também sobre a economia local, interferindo no bem-estar social, necessária a investigação do tema, com o objetivo de aferir a validade das decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, quando confrontadas ao princípio da livre iniciativa.

## DEFESA DA CONCORRÊNCIA

### 1.1. ASPECTOS HISTÓRICOS

As Constituições Federais de 1824 e 1891, pautadas no liberalismo econômico, na teoria da valorização do indivíduo e na concepção de que o mercado livre seria assegurado sem a necessidade de intervenção estatal, não previam dispositivos específicos acerca da regulamentação jurídica da concorrência no Brasil.

A Constituição Federal de 1934, em consonância com o desejo de desenvolvimento de uma ordem econômica e social ligada às aspirações da classe trabalhadora, previu no artigo 115 a garantia de liberdade econômica:

*“Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme o princípio da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”*

O que, no entender de Pontes de Miranda, *“já havia ai, implícito, o princípio da repressão ao abuso do poder econômico”*<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> MIRANDA, Pontes de. Comentários à constituição de 1946, arts. 145-218 e disposições transitórias, 4.v., p. 501, citado por BRITO, Beatriz Gontijo de. Concentração de empresas no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 65.

A Constituição Federal de 1937 estabeleceu garantias especiais à economia popular, equiparando os crimes contra ela cometidos a crimes de Estado:

*“Art. 141. A lei fomentará a econômica popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular serão equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processo e julgamento adequados à sua pronta e segura punição.”<sup>2</sup>*

Para tanto, conferiu ao Estado poder para intervir no mercado, corrigindo ou neutralizando disfunções, mas não para conduzi-lo:

*“Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de intervenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado.*

*A intervenção no domínio econômico pode ser mediata ou imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.”*

---

<sup>2</sup> O artigo 141 da Constituição Federal de 1937 foi regulamentado pelo Decreto-lei nº 869/1938.

É a Constituição Federal de 1946 que primeiro introduz o termo abuso do poder econômico no ordenamento jurídico brasileiro:

*“Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais e sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”*

A Lei nº 4.137/62 regulamentou o dispositivo constitucional, prevendo as formas de abuso econômico (artigo 2º), a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (artigo 8º) e conferindo ao Estado poderes para definir em que situações as concentrações deixam de ser abuso e apresentam-se como uso autorizado do poder econômico (artigo 78).

A Constituição Federal de 1967 e Carta Emenda de 1969 promoveram a inclusão da repressão do abuso do poder econômico à categoria de princípio de ordem econômica e social, priorizando o instrumento de defesa (repressão) e conferindo à violação da livre concorrência o status de modalidade de ilícito:

*“Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:*

*(...)*

*VI – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.”*

Posteriormente, a Lei nº 8.158, de 09 de janeiro de 1991, marca a transição da fase de repressão ao abuso do poder econômico para a defesa da concorrência e o Decreto 99.244, de 10 de maio de 1990, além de contemplar a criação da Secretaria Nacional de Direito Econômico, estabelece tipologia aberta quanto à tipificação das infrações à ordem econômica (artigos. 1º e 3º).

Em 1994 é editada a Lei nº 8.884, que, além de transformar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com jurisdição em todo o território nacional, sede e foro no Distrito Federal, tem por finalidade “*a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico*” (artigo 1º).

A Constituição Federal de 1988, fundada no Estado Democrático de Direito, consagra os princípios da livre iniciativa e livre concorrência, que serão objeto de estudo adiante.

## **1.2. FUNDAMENTOS**

O mercado, conforme assinala Eros Roberto Grau, se caracteriza pelo “*clima de liberdade dentro do qual se movimentam os agentes econômicos*”<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> GRAU, Eros Roberto. Elementos de direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 20.

No mesmo sentido, Fábio Nusdeo destaca que, no mercado em que há *“concorrência perfeita, o preço surge natural e objetivamente da interação recíproca dos inúmeros agentes em presença. Funciona soberana, sem ressalvas à lei da oferta e da procura, e tanto consumidores como compradores pautam suas decisões única e exclusivamente pelas suas utilidades em cotejo com o preço objetivamente fixado pelo mercado, que é único para todos eles”*<sup>4</sup>.

Calixto Salomão Filho enfatiza o conceito de concorrência perfeita, que se concretiza em um *“mercado em que nenhum agente econômico pode isoladamente influenciar o preço da mercadoria”*<sup>5</sup>.

Assim, o mercado concorrencial equilibrado, a que a legislação antitruste visa proteger, tem como características a pluralidade de compradores e vendedores, liberdade de escolha, preço decorrente do livre ajustamento entre oferta e procura, de forma que nenhum vendedor ou comprador seja suficientemente forte para, por si mesmo, afetá-lo.

O nível de concorrência é aferido de acordo com a estrutura de mercado (número de produtores, barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado); desempenho (percentual de lucro, excesso de capacidade crônica não justificada, excessivos custos de venda) e conduta dos concorrentes (comportamento)<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> NUSDEO, Fábio. Curso de economia. Introdução do direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 304.

<sup>5</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 76.

<sup>6</sup> BRITO, Beatriz Gontijo de. Concentração de empresas no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 21-22.

As justificativas para a regulamentação jurídica da concorrência, que podem ser de natureza econômica (bem-estar social, distribuição racional dos recursos sem intervenção direta do Estado) ou políticos/sociais (prevenção e repressão ao abuso do poder econômico, igualdade de oportunidades), encontram-se previstas na própria Constituição Federal de 1998 (artigos 3º, 5º, 170, 173 e 174)<sup>7</sup>.

Portanto, o fundamento para a regulamentação jurídica da concorrência reside no perigo decorrente da constituição de posição dominante ou seu reforço e na necessidade de assegurar que a escolha de produtos ou serviços decorra da concorrência efetiva entre preços e qualidade, uma vez que, conforme destaca Beatriz Gontijo de Brito, “*é objetivo fundamental para as leis de proteção da concorrência, o resguardo da liberdade individual, enquanto liberdade de escolha no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas*”<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei (...): XXIII – a propriedade atenderá sua função social; (...) XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho 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; (...) VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

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.

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.

<sup>8</sup> Ob. cit. p. 27-28.

## ATOS DE CONCENTRAÇÃO SUBMETIDOS AO CONTROLE DO CADE

### 2.1. DEFINIÇÃO

Vários são os fundamentos que justificam a concentração de empresas: necessidade de racionalização do processo de produção e distribuição; diminuição de custos de produção; manutenção ou aumento da competitividade; necessidade de adaptação ao aumento de demanda; facilitação no acesso a matérias-primas; além de razões anticompetitivas, como o próprio controle da concorrência<sup>9</sup>.

Seja qual for o fundamento, a concentração entre empresas pode ser de natureza horizontal, vertical ou ainda através de concentração conglomerada.

A primeira se caracteriza por envolver empresas concorrentes - mesmo nível econômico, ou seja, atuantes de um mesmo estágio de produção de bens ou prestação de serviços.

A Portaria Conjunta SEAE/SDE<sup>10</sup> nº 50, de 1º de agosto de 2001, expediu Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, definindo-os como os que:

---

<sup>9</sup> BRITO, Beatriz Gontijo de. Ob.cit. p. 107-109;

<sup>10</sup> Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE / Secretaria de Desenvolvimento Econômico – SDE.

*“(...) envolvam provedores de bens ou serviços que sejam competidores entre si. Não obstante, os princípios lógicos reunidos nesses procedimentos podem ser utilizados, com a devida adaptação, também em casos de concentração que envolvem agentes econômicos consumidores de um mesmo bem ou serviço”.*

A concentração vertical ocorre entre empresas não concorrentes – níveis econômicos diversos, ou seja, atuantes em estágios diversos de produção (por exemplo, entre empresas fornecedoras e consumidoras ou entre empresas produtoras e distribuidoras).

Já a concentração conglomerada se verifica entre empresas que atuam em mercados diversos - setores econômicos diversos e, embora não possuam uma afinidade vertical ou horizontal (pelo menos diretamente); por estarem subordinadas a um mesmo centro decisório ou possuírem ligação de caráter técnico, são consideradas concorrentes potenciais, que no futuro podem diminuir a concorrência.

Qualquer que seja sua natureza, a concentração entre empresas está sujeita ao controle do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

A Lei nº 8.884/1994 confere ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE poderes para controlar atos de concentração entre empresas que venham ou possam caracterizar limitação ou prejuízo à livre concorrência ou resultem em dominação de mercados:

*“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.”*

Nos termos previstos no artigo 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94:

*“§ 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 20% (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)”.*

Assim, são objeto de estudo do presente trabalho os atos de concentração entre empresas que, pelos critérios objetivos previstos no artigo 54, § 3º, submetem-se à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

O primeiro critério objetivo para aferição da submissão do ato de concentração ao exame do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE é a detenção de parcela substancial de mercado relevante.

Assim, sempre que a empresa ou grupo de empresas resultante detiver 20% (vinte por cento) ou mais de um mercado relevante de bens ou serviços, o ato de concentração deve ser submetido à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

O segundo critério objetivo é aferido com base no faturamento da empresa, ou seja, sempre que o ato de concentração envolver empresa com faturamento bruto anual no último balanço igual ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), deve ele, necessariamente, ser submetido à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

Estabelece, portanto, o artigo 54, § 3º, presunção *iuris tantum*, em que a elevada participação no mercado, apurada segundo os critérios objetivos já destacados, permite presumir a existência de posição dominante. Todavia, sendo presunção relativa, pode ser desconstituída mediante a aferição da situação concreta.

Portanto, os atos de concentração formalizados através de fusões, incorporações, constituição de sociedade ou qualquer outra forma de agrupamento societário, visando qualquer forma de concentração econômica entre concorrentes, sempre que importem em verificação de uma das condições objetivas previstas no artigo 54, § 3º, da Lei nº 8.884/1994 - participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou envolva participante que tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), devem ser submetidos ao exame do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

A apresentação dos atos de concentração à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE pode ser prévia ou ocorrer em até 15 (quinze) dias úteis contados de sua realização, conforme previsto no artigo 54, § 4º, da Lei nº 8.884/1994<sup>11</sup>.

## **2.2. ABUSO DO PODER DE MERCADO**

Configura poder de mercado a possibilidade de uma empresa ou um grupo de empresas, unilateralmente, interferir no mercado de consumo, aumentando preços, reduzindo quantidade, qualidade ou variedade de produto, reduzindo inovações tecnológicas que vigorariam sob condições de concorrência irrestrita, por período de tempo suficiente para aumentar seus lucros<sup>12</sup>.

Apesar dos critérios objetivos previstos no artigo 54, § 3º, da Lei nº 8.884/1994, os quais, verificados, tornam obrigatória a sujeição do ato de concentração ao exame do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, a detenção de parcela substancial de mercado, por si só, não é fator decisivo para aferição da existência ou não de poder de mercado, que depende de fatores outros, de caráter estrutural ou objetivo - a existência de concorrentes, de barreiras à entrada de novos concorrentes, facilidade de acesso ao capital, avanço tecnológico, ou de caráter comportamental ou subjetivo - fidelidade da clientela à marca, a conduta das empresas no mercado, etc.

---

<sup>11</sup> Art. 54 (...) § 4º. Os atos de que trata o *caput* deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de 15 (quinze) dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em 3 (três) vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE.

<sup>12</sup> Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, 1º de agosto de 2001 (DJU 158-E, de 17.08.2001, Seção 1, p. 12 a 15).

Ao analisar o Ato de Concentração nº 27/95, envolvendo as empresas Colgate-Palmolive Company e Kolynos do Brasil S/A, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE considerou como principal barreira à entrada de novos concorrentes a diferenciação quanto à marca do produto, decorrente da forte lealdade do consumidor, o que demandaria elevados gastos de propaganda e forte sistema de distribuição para inserção de uma nova marca no mercado, sendo aprovado o ato com restrições.

Por isso, propostas às empresas três alternativas: a) suspensão temporária do uso de marca; b) licenciamento exclusivo a terceiro do uso de marca; c) ou alienação de marca; foi aceita a primeira opção.

Enquanto que o Ato de Concentração nº 98/96, envolvendo as empresas Cargill Agrícola S/A e São Valentin Agro-Industrial Ltda., submetido à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em decorrência do faturamento de uma das empresas envolvidas (Cargill), foi aprovado em razão de seus efeitos pró-competitivos.

A Cargill Agrícola S/A adquiriu a totalidade do capital social da São Valentin Agro-Industrial Ltda., empresa com sede no Estado de São Paulo e atuante no mercado de moagem de trigo, com capacidade de produção de 60.000 toneladas ao ano, mas que, em razão de dificuldades financeiras e da grande ociosidade – aproximadamente 50% (cinquenta por cento), detinha apenas 1,2% do mercado relevante (moagem de trigo para a fabricação de farinha comum e especial no Estado de São Paulo).

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE considerou a aquisição da São Valentin pela Cargill como apta a produzir efeitos pró-competitivos, pois passaria ela ao controle de um grande grupo, ainda não atuante neste mercado, o que implicaria em crescimento da empresa e acirramento da concorrência.

A avaliação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE é que o ato de concentração intensificaria a concorrência, pois, no Brasil, onde existem aproximadamente 200 (duzentos) moinhos, em sua maioria de pequeno porte, os 8 (oito) maiores moinhos detêm quase a metade do mercado relevante. De forma que a entrada na Cargill no mercado de moagem de trigo contribuiria para a redução dessa parcela substancial de mercado.

No entanto, é importante ressaltar que somente o crescimento externo das empresas, decorrente de atos de concentração está sujeito ao controle da legislação antitruste.

O crescimento interno, ou seja, a conquista de maior parcela de mercado, quando decorrente do aumento de produtividade, redução de custos, inovações tecnológicas, etc., auferido pelo esforço e maior desempenho da empresa e processado por seus próprios meios (reestruturação interna), não é objeto de controle do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Exemplo disso é o Ato de Concentração CBV Indústria - CBV Nordeste, julgado na sessão de 22/fevereiro/1995, envolvendo a incorporação pela controladora CBV Indústria Mecânica S/A de sua controlada CBV Nordeste Indústria Mecânica S/A.

No entender do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, em voto relatado pela Conselheira Neide Mallard, referido ato de concentração não se enquadra nas hipóteses do artigo 54 da Lei nº 8.884/1994, prescindindo, assim, para sua eficácia, da provação do Colegiado, em razão de que *“não há falar, pois, em aumento do poder de mercado, com prejuízo para a concorrência, quando determinado grupo promove uma reestruturação que importa em deslocamento do controle acionário de uma empresa para outra. Estas estratégias constituem matéria interna corporis do grupo e buscam, na quase totalidade dos casos, adequar a produção à dinâmica dos mercados, tornando a empresa mais eficiente e competitiva”*<sup>13</sup>.

Assim, em consonância com o entendimento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, o conceito trazido pela doutrina a respeito do abuso do poder dominante decorre do poder econômico, que no entender de Sérgio Varella Bruna é:

*“A capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, em condições diversas daquilo que decorreria do sistema de mercado, se nele vigorasse um sistema concorrencial puro. (...) Dessa forma, o poder econômico não se caracteriza como uma questão de tudo-ou-nada, mas sobretudo como uma questão de grau. Pode ocorrer que o poder econômico desfrutado por um determinado agente, apesar de existente, não se revista da magnitude necessária para tornar-se objeto da atividade antitruste do Estado. Por outro lado, um agente econômico poderá vir a ser objeto dessas preocupações, mesmo não desfrutando de poder de caráter absoluto, por estar, em certa medida, limitado pelas condições impostas pelo mercado”*<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> CADE. Aspectos da Jurisprudência Recente do CADE. Relatório Anual 1998/1999. p. 87/88.

<sup>14</sup> BRUNA, Sergio Varella. O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício. 1ª. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 104/105.

É o que se conclui do confronto das decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE nos autos dos Atos de Concentração nº 27/95 e 98/96, acima referidas.

No primeiro, em razão da detenção de relevante parcela de mercado e da existência de barreiras à entrada de novos concorrentes, especialmente diante da fidelidade do consumidor à marca, restou configurada hipótese de poder econômico capaz de permitir o abuso do poder dominante das empresas envolvidas no ato de concentração, o que motivou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE a aprovar o ato com restrições (suspensão temporária do uso da marca).

No segundo caso, submetido ao exame do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em razão do critério objetivo do faturamento, o ato de concentração foi considerado como de natureza pró-competitiva, em razão da avaliação de que a concorrência seria acirrada justamente pela capacidade financeira da empresa adquirente.

Pode-se concluir assim, consoante destaca Sérgio Varella Bruna que *“posição dominante é aquela que confira 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 econômicos do mercado relevante”*<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Ob. cit. p. 115.

Portanto, a simples existência de posição dominante no mercado, por si só, não configura abuso, mas a forma como é exercido pode caracterizar ilícito, sempre que ultrapassar os limites estabelecidos na legislação vigente.

### **2.3. CRITÉRIOS PARA ANÁLISE DO ATO DE CONCENTRAÇÃO PELO CADE**

A análise dos atos de concentração pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE se processa segundo os seguintes critérios:

#### **a) Mercado Relevante**

Sua definição permitirá apurar a existência ou não de infração à legislação antitruste. Para tanto, requer a averiguação do critério objetivo da fungibilidade<sup>16</sup>, ou seja, se há possibilidade de substituição dos produtos ou serviços entre si, sem que isto demande do consumidor uma análise técnica, objetiva ou psíquica.

Sérgio Varella Bruna destaca que, *“mais do que o mercado importante, o conceito de mercado relevante denota algo como mercado relativo, ou mercado pertinente, no qual os produtos dele integrantes são, em conjunto, objeto da concentração de ofertas e procuras que caracterizam a própria noção econômica de mercado. Destarte, o mercado relevante é aquele que se compõe de produtos concorrentes”*<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> SALGADO, Lúcia Helena. O conceito de mercado relevante. Revista de Direito Econômico nº 26. Brasília, set/dez 1997, p. 53.

<sup>17</sup> BRUNA, Sergio Varella, Ob. cit. p. 80.

Assim, somente podem ser considerados produtos ou serviços de um mesmo mercado relevante, aqueles que podem ser substituídos entre si, em razão de suas características específicas - qualidade, preço, utilidade.

Também é necessário delimitar a área geográfica em que se verificam as relações de concorrência relacionadas com a prática abusiva, pois, “*segundo conceitua Hovenkamp, 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 sua produção para a localidade em apreço, a fim de aí oferecerem seus produtos sucedâneos.*”<sup>18</sup>

Portanto, a delimitação geográfica do mercado relevante é aferida com base na possibilidade do consumidor abastecer-se de produtos ou serviços similares em locais diversos ou de que empresas concorrentes, situadas em outras localidades, direcionem seus produtos ou serviços à demanda local, sem que isto importe em aumento de preços.

De acordo com essa perspectiva, “*o mercado de produto relevante para análise antitruste é aquele que, delimitado pelo escopo das alternativas disponíveis aos consumidores, o poder de mercado, se existente, pode ser exercido*”<sup>19</sup>.

O mercado relevante pode ser local, regional, nacional ou internacional, variando de acordo com os produtos ou serviços integrantes.

---

<sup>18</sup> BRUNA, Sergio Varella, Ob. cit., p. 94.

<sup>19</sup> SALGADO, Lúcia Helena. Ob. cit. p. 54.

Ao submeterem o Ato de Concentração nº 22/95, que envolvia a aquisição da Mineração Floral, anteriormente da Bayer S/A, pela Nitro Química do Brasil, à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, as empresas indicaram o mercado geográfico como mundial, ante a existência de oferta abundante e preço competitivo no mercado internacional.

Todavia, restou apurado que o custo de transporte tornava economicamente inviável a importação de pequenos volumes e, diante da constatação de inexistência de demanda individual por grandes quantidades de fluorita grau metalúrgico, eventual importação somente seria viável, se realizada em grande quantidade, por um pool de importadores.

Tais peculiaridades determinaram a impossibilidade de admissão do mercado geográfico mundial, mesmo diante da similaridade de preços nos mercados nacional e internacional.

Isto porque, consoante entendimento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, a determinado cliente, seria presumivelmente mais econômico adquirir no mercado doméstico a quantidade compatível com suas necessidades, do que buscar no mercado outros agentes econômicos e conjuntamente com eles firmar negociação no mercado externo.

#### b) Parcela Substancial de Mercado

De acordo com o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal<sup>20</sup>, o que justifica a análise deste critério na apreciação dos atos de concentração é o fato de que, quando a oferta de uma empresa ou de um grupo é suficientemente pequena em relação à oferta total, não há como um deles promover alteração unilateral de condutas, como por exemplo, o aumento injustificado de preços, pois os consumidores direcionariam suas compras a outros fornecedores em resposta à mudança.

Todavia, quando uma empresa ou grupo detém parcela suficientemente alta de mercado relevante, há possibilidade de mudança de conduta em relação à que prevaleceria sob condições de concorrência irrestrita, ante a incapacidade de reação dos concorrentes<sup>21</sup>.

Portanto, uma concentração somente permitirá o exercício de poder de mercado, quando gerar a seus participantes a possibilidade de controle de parcela suficientemente alta de mercado relevante, que lhe permita aumentar os lucros, sem que haja reação da concorrência ou do mercado de consumo.

Como exemplo, temos o Ato de Concentração nº 16/94, envolvendo Grupo Gerdau e Korf GMBH, aprovado parcialmente pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que determinou a desconstituição dos atos de incorporação da Pains pelo Grupo Gerdau, uma vez configurada a dominação de mercado relevante, resultante do controle de parcela substancial de mercado, pois a transação elevaria a participação do Grupo Gerdau no segmento de aços não planos, alcançando 46,2%. Além de que, não atendidas as exigências previstas no artigo 54, § 1º, da Lei nº 8.884/1994.

---

<sup>20</sup> Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, 1º de agosto de 2001 (DJU 158-E, de 17.08.2001, Seção 1, p. 12 a 15).

<sup>21</sup> Idem.

Todavia, ao examinar o Ato de Concentração nº 55/95<sup>22</sup>, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE considerou que a aquisição total do capital social de empresa da qual a adquirente já possuía originalmente o controle, sem alteração do comando decisório e sem reflexos na dinâmica da concorrência, não configura hipótese que demanda seu exame.

Já em relação ao Ato de Concentração nº 27/95, envolvendo Colgate-Palmolive Company e Kolynos do Brasil S/A, a detenção de parcela substancial de mercado relevante foi objeto de avaliação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, que, com base nele, aprovou o ato com restrições.

A planilha a seguir, permite visualizar o poder de mercado que as empresas contratantes detinham à época da submissão do ato de concentração à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, especialmente em relação ao creme dental, cujo uso da marca foi suspenso temporariamente, como condição para sua aprovação:

Empresas	Creme Dental %	Escova Dental %	Fio Dental %	Enxagüante Bucal %
Colgate	25.6	6.8	3.4	9.8
Kolynos	52.5	20.2	9.0	1.8
<b>Colgate + Kolynos</b>	<b>78.1</b>	<b>27</b>	<b>12.4</b>	<b>11.6</b>
Gessy-Lever	18.2	2.8	5.3	0

Fonte Colgate. Elaboração: CADE

---

<sup>22</sup> Ato de concentração – integração vertical – aquisição da totalidade de capital social da empresa vendedora de insumos – adquirente que já detinha originalmente o controle da empresa adquirida – não conhecimento- A aquisição de totalidade de capital social de empresa da qual a adquirente já detenha originalmente o controle não resulta em alteração do comando de centros decisórios. Assim, não havendo reflexos no desenho ou dinâmica da concorrência no mercado, a transação não se enquadra no caput do art. 54 da lei nº 8.884/94.

Também, por ocasião da apreciação do Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89, envolvendo Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S/A, a detenção de parcela substancial de mercado relevante e o não atendimento das exigências previstas no artigo 54, § 1º, da Lei nº 8.884/1994, justificou a decisão de reprovação do ato de concentração pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

As planilhas a seguir, extraídas do voto do relator Conselheiro Thompson Almeida Andrade, permitem visualizar a participação que as empresas detinham antes do ato de concentração e que passariam a deter no mercado, caso aprovada a operação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE:

Tabela II – Estrutura de oferta do mercado de achocolatados  
Participação percentual com base no faturamento – 2001

<b>Empresa</b>	<b>2001</b>
Nestlé (a)	58,1
Garoto (b)	3,1
<b>(a+b)</b>	<b>61,2</b>
Quacker	16,9
Arisco	5,0
Bretzke	2,5
Novartis	2,1
Mococa	0,6
Outros	11,6
Total	100,0

Fonte: Parecer SEAE

Tabela III – Estrutura de oferta do mercado de Cobertura de Chocolates  
Participação percentual com base no faturamento – 1997/2001

<b>Empresa</b>	<b>1997</b>	<b>1998</b>	<b>1999</b>	<b>2000</b>	<b>2001</b>
Nestlé (a)	24,2	21,9	20,9	21,2	22,1
Garoto (b)	75,8	78,1	74,2	69,4	66,4
<b>(a+b)</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>	<b>95,1</b>	<b>90,6</b>	<b>88,5</b>
Arcor	0,00	0,0	4,9	9,4	11,4
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Fonte: Parecer SEAE

Tabela IV – Estrutura de oferta do mercado de chocolates sob todas as formas  
Participação percentual com base no faturamento – 1998/2001

<b>Empresa</b>	<b>1998</b>	<b>1999</b>	<b>2000</b>	<b>2001</b>
Nestlé (a)	35,26	34,60	30,95	33,94
Garoto (b)	22,13	24,69	28,55	24,47
<b>(a+b)</b>	<b>57,39</b>	<b>59,29</b>	<b>58,14</b>	<b>58,41</b>
Lacta	33,73	32,93	33,59	33,15
Ferrero	5,45	4,61	3,91	3,40
Arcor	3,20	3,07	2,61	3,40
Outros	0,23	0,01	1,75	1,64
Total	100,0	100,0	100,0	100,0

Fonte: Parecer SEAE

### c) Exercício de Poder de Mercado

O fato de a concentração gerar o controle de substancial parcela de mercado não significa necessariamente que a empresa exercerá seu poder de mercado, pois existem fatores que podem afetar ou inibir seu exercício.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE, através da Guia para Análise dos Atos de Concentração Horizontal<sup>23</sup>, estabelece como fatores hábeis a limitar ou inibir o exercício do poder de mercado:

a) importações: a SEAE considera importações de 30% do valor de consumo como suficientes para evitar o exercício do poder de mercado;

b) facilidade, efetividade e rapidez na entrada de novos concorrentes no mercado: a SEAE considera razoável o prazo de 2 (dois) anos à entrada de novos concorrentes;

c) entrada provável: economicamente lucrativa;

d) oportunidades de vendas: mercado potencialmente disponível;

e) escalas mínimas variáveis: menor nível de venda anual, medido a preços pré-concentração, que o entrante deve obter para que seu capital seja adequadamente remunerado;

f) barreiras à entrada: quanto maiores as barreiras, maiores as escalas mínimas variáveis;

g) efetividade da rivalidade: quanto maior o grau de competição entre os concorrentes, maiores as dificuldades para exercício do poder de mercado.

---

<sup>23</sup> Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, 1º de agosto de 2001 (DJU 158-E, de 17.08.2001, Seção 1, p. 12 a 15).

Assim, quanto maior o número de fatores limitativos ou inibitórios aferidos em um mercado relevante, maiores serão as dificuldades para exercício do poder de mercado.

#### d) Benefícios Econômicos (Eficiências)

Como visto, as concentrações, ao diminuírem o número de concorrentes, podem propiciar a prática ou adoção de condutas anticompetitivas, tais como o aumento de preço ou a diminuição da qualidade dos produtos ou serviços, em razão da detenção de parcela substancial de mercado relevante e conseqüente constituição de posição dominante.

Todavia, ao proporcionarem vantagens às empresas participantes, como redução de custos, inovações tecnológicas, etc., também podem gerar o incremento do bem-estar econômico, incremento este que também interessa à legislação antitruste e que deve ser decorrente do próprio ato de concentração, não se enquadrando na definição de eficiências específicas da concentração aquelas que pode ser alcançadas, em um período inferior a 2 (dois) anos, através de alternativas viáveis que envolvam menores riscos à concorrência (Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal).

Assim, não são consideradas eficiências pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE os ganhos pecuniários decorrentes do aumento de parcela de mercados ou transferência de receitas entre os agentes econômicos envolvidos no ato de concentração.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE, através da Guia para análise dos Atos de Concentração Horizontal<sup>24</sup>, aceita como eficiências específicas:

a) economias de escala: redução de custos médios derivados da expansão da quantidade produzida - quando a produção aumenta os custos fixos médios diminuem;

b) economias de escopo: redução nos custos médios derivados de produção conjunta de bens distintos – melhor aproveitamento dos insumos;

c) economias de custos de transação: decorrentes da eliminação de gastos associados à transação com fornecedores;

d) introdução de novas tecnologias: desenvolvimento de novo produto;

e) externalidades: efeitos sobre o bem-estar social, como o aumento do número de empregos;

f) poder de mercado compensatório: quando o aumento do poder de mercado contribui para reduzir a capacidade do exercício de poder de mercado no mercado de insumos, como por exemplo, em hipóteses onde o preço de insumo no período pré-concentração era excessivo.

---

<sup>24</sup> Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50. 1º de agosto de 2001 (DJU 158-E, de 17.08.2001, Seção 1, p. 12 a 15).

O Ato de Concentração nº 42/95, envolvendo Indico Participações S/A (Grupo Garantia) e Rede Unimar de Supermercados, aprovado por unanimidade, representa típico caso de poder de mercado compensatório, com reflexos pró-competitivos, porque, além de não constatadas barreiras à entrada de novos concorrentes, a aprovação do ato, de acordo com a apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, impediria a concentração de mercado relevante pelas redes de supermercados remanescentes, ante a preservação da rede de varejo líder.

Assim, os atos de concentração, mesmo quando propiciam o controle de parcela substancial de mercado, segundo interpretação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, em consonância com a Lei nº 8.884/1994, podem ser aprovados, desde que verificados benefícios (eficiências específicas) e não haja redução do bem-estar econômico.

#### **2.4. AUTORIZAÇÃO DE CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS**

A legislação antitruste não repele atos de concentração em si, mas as práticas anticoncorrenciais deles decorrentes.

Os atos de concentração, mesmo que enquadrados nas hipóteses previstas no *caput* do artigo 54 da Lei nº 8.884/1994, podem ser autorizados, desde que atendidas as condições previstas no § 1º do mesmo dispositivo legal:

*“Art. 54. (...)*

*§ 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 eqüitativamente 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.”*

O critério da razoabilidade<sup>25</sup> norteia a exigência cumulada ou alternativa dos objetivos previstos no artigo 54, § 1º, inciso I, a ser apurado caso a caso, de acordo com a situação concreta. Todavia, vedada a exigibilidade conjunta dos três objetivos, visto não ser este o objetivo da lei.

Assim, sempre que evidenciado objetivo de aumento da produtividade, melhoria da qualidade de bens ou serviços ou promoção de eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico, o ato de concentração pode ser autorizado, desde que: a) os benefícios sejam distribuídos eqüitativamente entre participantes e consumidores finais e usuários, preservando o equilíbrio entre eles; b) não haja eliminação da concorrência e c) mantenha-se a proporcionalidade entre limites e objetivos visados.

Os atos de concentração também podem ser considerados legítimos quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum e não implicar em prejuízo ao consumidor ou usuário final (artigo 54, § 2º).

---

<sup>25</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Admissibilidade de atos que limitam a concorrência. Revista de Direito Econômico. Brasília, set/dez 1997. p. 20.

Isto porque, segunda doutrina Calixto Salomão Filho:

*“(...) é sempre admissível justificativa que, ainda que admitindo certo dano concorrencial, demonstre a existência de benefício mais do que compensador para outro objetivo de política econômica. (...) As justificativas extraconcorrencais podem e devem ser avaliadas, admitidas e compatibilizadas com os objetivos concorrenciais”<sup>26</sup>.*

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, objetivando harmonizar o *caput* e o § 1º do artigo 54, adota como prática corrente a imposição de condições para aprovação dos atos de concentração potencialmente prejudiciais à concorrência, tais como<sup>27</sup>:

a) remessa de relatórios semestrais pelo prazo mínimo de dois anos, contados da aprovação, à Secretaria de Desenvolvimento Econômico - SDE, para acompanhamento dos atos;

b) manutenção das linhas de produção e das marcas existentes, bem como da diversidade dos produtos à disposição dos consumidores finais;

c) manutenção dos níveis de emprego;

d) garantia do pleno e regular abastecimento do mercado;

---

<sup>26</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulamentação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 72/73.

<sup>27</sup> FONSECA, José Júlio Borges da. Direito Antitruste e Regime das Concentrações Empresariais. São Paulo: Atlas, 1997. p. 80.

e) investimentos tecnológicos para aperfeiçoamento dos níveis de eficiência industrial;

f) implementação de programa de exportações face ao aumento da capacidade de produção;

g) divisão eqüitativa dos benefícios decorrentes de concentração entre os participantes e consumidores ou usuários finais.

Ao aprovar o Ato de Concentração nº 22/95, já comentado anteriormente, envolvendo as empresas Nitro Química do Brasil e Bayer S/A, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE determinou o acompanhamento continuado, a fim de evitar prejuízos ao mercado. Considerou necessário a definição de salvaguardas, dado o fortalecimento da posição detida pela Nitro Química no mercado relevante, para que a operação se adequasse à legalidade antitruste, através da criação de condições para que os incisos II e IV do § 1º do artigo 54 da Lei 8.884/94 fossem atendidos, mediante compromisso de desempenho previsto no artigo 58 da mesma lei.

Portanto, mesmo que verificadas as hipóteses previstas no *caput* do artigo 54 da Lei nº 8.884/1994, o ato pode ser autorizado, de forma total ou parcial, quando atendidas as condições previstas no § 1º do mesmo dispositivo legal.

## CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A LIVRE INICIATIVA

### 3.1. DEFINIÇÃO DE LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA

Examinados os critérios adotados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, para, com base legislação antitruste, aferir a existência de práticas anticoncorrenciais e assim, impor limites e restrições aos atos de concentração entre empresas, cabe agora examinar a validade de tais decisões quando confrontadas ao princípio da livre iniciativa.

A Constituição Federal de 1988, fundada no Estado Democrático de Direito (artigos 1º e 3º), com ampla defesa dos direitos e garantias individuais e coletivos (artigo 5º), estabelece no artigo 170, o princípio da livre iniciativa:

*“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho 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;*

*(...)*

*Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”*

A Constituição Federal confere o direito de opção, ou seja, assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, excetuadas as hipóteses previstas em lei, não só no que refere-se à escolha de profissão, criação ou gerenciamento de empresas, mas também por determinar a abstenção da exploração direta da atividade econômica pelo Estado.

O mesmo artigo que assegura os princípios da livre iniciativa (*caput*) e livre concorrência (inciso IV), em consonância com o artigo 173, § 4º, estabelece a repressão às infrações à ordem econômica:

*“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.”*

Conforme destaca Celso Ribeiro Bastos, *“a livre iniciativa é uma manifestação, no campo econômico, da doutrina favorável à liberdade: o liberalismo. Este tem por objeto o pleno desfrute da igualdade e das liberdades individuais frente ao Estado. Assim sendo, a livre iniciativa consagra a liberdade de lançar-se à atividade econômica sem se deparar com as restrições impostas pelo Estado”*<sup>28</sup>.

Miguel Reale, citado por Eros Roberto Grau, apresenta com precisão a definição de livre iniciativa e livre concorrência que, apesar de complementares, são essencialmente distintas:

---

<sup>28</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 455.

*“A primeira não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e meios informa o princípio da livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados arts. 1º e 170. Já o conceito de livre concorrência tem caráter instrumental significando o ‘princípio econômico’ segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos de autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na econômica de mercado.”<sup>29</sup>*

O Estado, segundo a Constituição Federal de 1988, tem papel fiscalizar, visando impedir o aumento arbitrário de lucros e a apuração da responsabilidade por infrações à ordem econômica.

Eros Roberto Grau registra que o conceito de livre iniciativa não se limita apenas à liberdade econômica ou de iniciativa econômica, embora esta seja uma de suas faces, sendo decorrente de *“alternativas de conduta e de resultado”*<sup>30</sup>, ou seja, a livre iniciativa requer a possibilidade de compreensão da realidade ou fatos e de opção por qualquer alternativa de comportamento, objetivando um resultado almejado.

A livre iniciativa, embora limite a intervenção do Estado, não a excetua completamente, conferindo-lhe o papel de dirigente e impulsionador da economia.

---

<sup>29</sup> GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 8ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 162.

<sup>30</sup> Idem. p. 187.

Tercio Sampaio Ferraz, ainda citado por Eros Roberto Grau, adverte, entretanto, que:

*“Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fato estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado.”<sup>31</sup>*

A Constituição Federal, através do princípio da livre iniciativa, confere à iniciativa privada papel de promoção e circulação de bens ou serviços, ou seja, a iniciativa privada constitui fator basilar da própria ordem econômica, delegando ao Estado o poder de agente normativo e regulador atividade econômica (artigo 174).

O entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 22323-5/SP, de que *“observada a regra de hermenêutica, segundo a qual a norma expressa prevalece sobre a norma implícita”*, autoriza concluir que a livre iniciativa prevalece sobre qualquer outro, exceto as situações pré-determinadas pela própria Constituição Federal.

---

<sup>31</sup> Ibidem, p. 187.

Sérgio Varella Bruna conclui que pela livre iniciativa “garante-se não só 1) a liberdade de acesso ao mercado, mas também 2) a liberdade de permanência no mercado”<sup>32</sup>, permanência esta que se expressa na livre concorrência.

Portanto, corolário da livre iniciativa é o princípio da livre concorrência, que no entender de Celso Ribeiro Bastos:

*“É um dos alicerces da estrutura liberal da economia e tem muito que ver com a livre iniciativa. É dizer, só pode existir livre concorrência onde há livre iniciativa. (...) Assim, a livre concorrência é algo que se agrega à livre iniciativa, e que consiste na situação em que se encontram os diversos agentes produtores de estarem dispostos à concorrência de seus rivais”<sup>33</sup>.*

Ensina José Afonso da Silva que “a livre concorrência está figurada no art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. Ela é uma manifestação da liberdade de iniciativa e, para garanti-la, a Constituição estatui que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira antisocial. Cabe, então, ao Estado coibir este abuso”<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> BRUNA, Sérgio Varella. Ob. cit. p. 134.

<sup>33</sup> BASTOS, Celso. Ob. cit. p. 459.

<sup>34</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional, 15<sup>a</sup>. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 36.

A livre concorrência deve ser entendida, portanto, como forma organizada de atuação do poder econômico, visando promover a justiça social, assegurando aos agentes econômicos e consumidores a possibilidade de tomar decisões num ambiente de concorrência irrestrita.

De conseqüência, não há contradição entre a aplicação do princípio da livre concorrência e a repressão aos abusos do poder econômico (artigo 173 da Constituição Federal), já que a última é parte integrante do primeiro, consoante afirma Eros Roberto Grau<sup>35</sup>.

Resta examinar se o princípio da livre iniciativa pode de alguma forma mitigar a atuação antitruste do Estado, ou seja, se a imposição de limites e restrições aos atos de concentração entre empresas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE importa ou não em violação ao princípio constitucional da livre iniciativa.

### **3.2. EXAME PELO CADE**

Por ocasião do julgamento do Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89, envolvendo Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S/A, reprovado integralmente, com determinação para desconstituição da operação, o Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, que manifestou-se contrariamente à aprovação da operação, destacou acerca da livre iniciativa e livre concorrência:

---

<sup>35</sup> GRAU. Eros Roberto. Ob. Cit. p. 189.

*“Estabelece o art. 170, V, da Constituição Federal, que a livre concorrência é um princípio conformador da ordem econômica. Desta maneira, a liberdade de iniciativa, fundamento da ordem econômica, não é absoluta, mas deve obedecer aos limites circunscritos pela observância dos princípios conformadores da ordem econômica, dentre os quais se encontra a já citada livre concorrência. Ademais, a livre concorrência é necessária, inclusive para que efetivamente haja liberdade de iniciativa. O objetivo de tal princípio, é o de garantir as condições propícias para que os agentes econômicos (fornecedores) e os consumidores tomem as suas decisões em um ambiente de efetiva livre concorrência. Assim, a defesa da livre concorrência visa a beneficiar, em última instância (objeto mediato) os consumidores. Beneficia de modo imediato, os agentes econômicos de um dado mercado relevante, que ficam protegidos contra condutas anticoncorrenciais, tendo garantido que a concorrência acontecerá dentro das regras do jogo.*

*Cumpra ainda recordar o artigo 173 § 4º da CF determina que: ‘A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros’.*

*O poder econômico consiste na posição de preponderância da empresa no mercado em que se insere, influenciando na conduta das demais concorrentes ou, ainda, subtraindo-se à influência dessas últimas, por meio de uma conduta indiferente e delas independente em alto grau. Isso gera uma situação de sujeição dos demais concorrentes e consumidores perante aquele que detém esse poder econômico.*

*Em outras palavras, o poder econômico (que também pode ser denominado de poder de mercado ou posição dominante) significa a capacidade de uma empresa ou grupo de empresas de manter seus preços persistentemente acima dos níveis competitivos por um determinado período de tempo, sem, com isso, provocar uma redução de vendas suficiente para torna-la não lucrativa.*

*O que a Constituição Federal determina reprimir não é o poder econômico em si, mas sim o seu uso abusivo, que ocorrerá sempre que ele visar a dominação do mercado, à eliminação da concorrência ou ao aumento arbitrário dos lucros.*

*No que tange à dominação dos mercados, cumpre destacar o entendimento de Calixto Salomão Filho que, abraçando a teoria finalista, defende que o termo está relacionado a qualquer limitação efetiva ou potencial da concorrência. Nesse sentido, não importa o grau da limitação e nem é preciso definir, econômica ou matematicamente, o significado do termo, já que, a seu ver, haverá dominação do mercado toda vez que existir risco de lesão (limitação ou eliminação) da concorrência.*

*A concreção do princípio da livre concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico dá-se de diversas maneiras, cabendo neste voto destacar duas. Serve, em primeiro lugar, como padrão hermenêutico para interpretação de regras de direito econômico. Ademais, demanda a edição de legislação de defesa da concorrência e de repressão ao abuso do poder econômico, o que veio a ser concretizado com a promulgação da Lei nº 8.884/94.*

*O Supremo Tribunal Federal mais de uma vez utilizou o princípio da livre concorrência como padrão hermenêutico para interpretação de normas legais, valendo destacar o enunciado da Súmula 646, abaixo transcrito:*

*‘Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.’*

*Destaco, a propósito, um dos acórdãos que embasou a edição da citada Súmula:*

*‘RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 1º DA LEI Nº 6.545/91, DO MUNICÍPIO DE CAMPINAS. LIMITAÇÃO GEOGRÁFICA À INSTALAÇÃO DE DROGARIAS. INCONSTITUCIONALIDADE.*

1. *A limitação geográfica à instalação de drogarias cerceia o exercício da livre concorrência, que é uma manifestação do princípio constitucional da liberdade de iniciativa econômica privada (CF/88), artigo 170, inciso IV e § único c/c o artigo 173, § 4º).*

2. ***O desenvolvimento do poder econômico privado, fundado especialmente na concentração de empresas, é fator de limitação à própria iniciativa privada à medida que impede ou dificulta a expansão das pequenas iniciativas privadas.***

3. *Inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 6.545/91, do Município de Campinas, declarada pelo Plenário desta Corte. Recurso extraordinário conhecido, porém não provido.'*

*Tal acórdão deixa absolutamente claro o posicionamento do STF no sentido de que a excessiva concentração de empresas, à medida que limita a possibilidade de livre concorrência, significa perigo até mesmo à liberdade de iniciativa, por impedir ou dificultar a expansão das empresas de menor porte.*

*Em concretização a tais princípios foi editada a Lei nº 8.884/94, que em seu art. 1º deixa clara a sua matriz constitucional ao estabelecer que ela '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'.*

*O controle estrutural visa a fiscalizar atos que importem em concentração econômica, que ocorre quando duas empresas que antes eram independentes passam a atuar em conjunto. A lógica por trás dessa atribuição dos órgãos de controle da concorrência é de que determinadas concentrações excessivas podem a) acarretar a extinção de um padrão concorrencial, implicando na eliminação de parcela substancial da concorrência; b) acarretar a dominação de mercado ou; c) gerar condições extremamente propícias para a prática daquelas condutas contra a livre concorrência. Em tais situações a aquisição de empresas, **pode adquirir***

*contornos de abusividade, quando esse ato, que inicialmente é uma expressão de liberdade de iniciativa, acabar ocasionando a eliminação da concorrência, dominação do mercado e/ou aumento arbitrário de lucros.*

*Assim está absolutamente de acordo com a concepção constitucional a função preventiva dada ao CADE de análise de atos de concentração entre empresas (fusões, incorporações, aquisições, joint ventures, etc.), como já salientado, a justificativa desta atribuição está em que a elevação excessiva da posição dominante de uma empresa em um mercado relevante facilita a prática de infrações à ordem econômica. Assim, a concentração excessiva de um mercado impede que o consumidor usufrua os benefícios da efetiva concorrência.*

*Neste contexto, como já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, concentrações excessivas podem ser acoimadas de abusivas, na medida em que possam eliminar a livre concorrência, bem como resultar na dominação de mercado relevante.*

*Foi, assim, demonstrada a constitucionalidade do controle estrutural, que encontra o seu fundamento na circunstância de que fusões empresariais podem levar a concentrações econômicas excessivas, que possibilitem o exercício abusivo de poder econômico tendente à eliminação substancial da concorrência e ao domínio de mercado, o que contraria os princípios constitucionais esculpados nos artigos 170, IV (princípio da livre concorrência) e 173, § 4º (repressão ao abuso do poder econômico).*

*Foi, igualmente, demonstrada a incidência do dever do CADE em negar aprovação ao ato de concentração entre Nestlé e Garoto, uma vez que houve concentração excessiva dos mercados relevantes atingidos, sem que estivessem presentes, de forma cumulativa, as condições excepcionais de aprovação estabelecidas no art. 54, § 1º.*

*Cumprê, então, analisar qual deve ser a solução ao caso concreto, para o que é imprescindível o estudo das normas que regem a desconstituição de atos apresentados pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.*

*A primeira norma a ser analisada é a contida no art. 54, § 7º, da lei 8.884/194, que estabelece essa possibilidade de operação e dá instrumentos jurídicos para tornar efetivo o controle pelos órgãos de defesa da concorrência:*

*‘§ 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à 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.’*

*Resta claro pela leitura de tal parágrafo que a eficácia do ato não é plena com a realização do negócio. Para ele se tornar válido, surtir efeitos plenos, vai depender de aprovação do CADE. Assim, tais fatos ficam subordinados a uma cláusula resolutiva tácita, porque ultrapassada essa condição imposta, que é a aprovação do CADE, sem a necessidade de nenhum ato ulterior são convalidados todos os atos praticados. Por outro lado, se o CADE não aprovar o ato, ele resolve-se automaticamente como inválido.*

*Por seu turno, o § 9º do art. 54 constitui o corolário lógico da supracitada cláusula resolutiva tácita, estabelecendo o **dever** do CADE, ao não aprovar determinado ato de concentração, determinar sua desconstituição:*

*‘§ 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, 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.’*

*Não resta dúvida de que o legislador preconizou o **dever** do CADE, na hipótese de não aprovar o ato, a determinação de sua desconstituição, que poderá ser total ou parcial, dependendo das características de cada caso concreto. Neste contexto, na hipótese do ato de concentração entre Nestlé e Garoto, por restarem ausentes as condições necessárias para a sua aprovação, constitui **ato vinculado** a determinação de sua desconstituição.*

*Ressalto haver precedentes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE que ao apreciarem operações que se apresentavam sem o atendimento das condições elencadas no parágrafo 1º do artigo 54, determinavam a desconstituição do ato no que se refere aos mercados relevantes em que se identificou a impossibilidade de aprovação.*

*Com efeito, no **Ato de Concentração n. 06/94** (Eternit – Brasilit), o CADE considerou inexistentes as eficiências que justificariam a aprovação da operação face à eliminação da concorrência entre as duas empresas, e decidiu, por unanimidade, **negar autorização para fusão pretendida**.*

*Ademais no **Ato de Concentração n. 12/94** (Rodhia-Sinasa), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, entendendo que o ato examinado, na parte relativa ao mercado de fibras sintéticas de poliéster e acrílicas, não atendia as condições estabelecidas no § 1º do art. 54 da Lei 8.884/94 decidiu por aprovar parcialmente a transação, determinando às requerentes, nos termos do § 9º do citado artigo no que diz respeito à parte da transação não aprovada, a sua desconstituição.*

*Nesse contexto, a nossa lei encontra-se acorde com a experiência secular do direito antitruste norte americano que vem demonstrando ser o desinvestimento (divestiture) o remédio de maior aptidão a eliminar problemas relacionados a altas concentrações de mercado decorrentes de processos de fusão ou aquisição. A medida estrutural, além de ser a única solução adequada para o caso presente é também vista como o mais importante dos remédios antitrustes. No caso Dupont (EUA, 1961),*

*considerou-se que a ordem de desinvestir 'é simples, relativamente fácil de administrar e segura'.*

*Ademais a Federal Trade Commission - FTC finalizou, em 1999, estudo no qual chegou nas seguintes condições: 1) a ordem de desconstituição do negócio tende a criar concorrentes viáveis nos mercados afetados; e 2) ordens de venda, envolvendo um negócio inteiro, que seja organicamente independente e sustentável, tendem a ter mais sucesso do que ordens de venda de determinados ativos selecionados. O estudo ainda faz uma série de recomendações, tais como, a necessidade da aprovação do comprador pela Comissão; reduzir ao máximo os períodos de cumprimento de ordem de venda; a indicação de um auditor independente para gerenciar o desinvestimento, dentre outras.*

*Por todos os motivos expostos, resta absolutamente claro que não cabe, no caso sob análise o remédio do Compromisso de Desempenho previsto no art. 58 da Lei 8.884/94, que possui caráter nitidamente comportamental que visa assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no §1º do art.54. A propósito, é de se observar que tem havido a percepção crescente por parte dos operadores do direito da concorrência no Brasil de que soluções desta natureza, na prática não são eficazes.*

*Além disso, o compromisso do Desempenho destina-se a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no §1º do art. 54 (aumento de produtividade, melhoria da qualidade, eficiência e desenvolvimento tecnológico), que como demonstrado o ato em tela não atende.*

*Como já verificado, não foram demonstradas eficiências inerentes à operação, e ao contrário, as condições do mercado sugerem fortes indícios de que a operação não atende a condição estabelecida no inciso III do § 1º do art. 54. Assim, a única decisão do CADE cabível é a medida estrutural, ou seja, a desconstituição do ato de concentração, conforme indicado no § 9º art. 54.*

*No caso concreto, não haveria: a) possibilidade de aprovação do ato, tendo em vista a ausência dos parâmetros legais que permitiriam tal aprovação; b) conseqüentemente estaria vedado ao CADE a possibilidade de utilizar compromisso de desempenho e; c) não há qualquer solução intermediária que pudesse ser lançada e que alcançasse os resultados de re-estabelecimento do padrão concorrencial de mercado, não sendo resolvida a questão com uma desconstituição parcial.*

*Em primeiro lugar, deve ser destacada a circunstância de que a alta concentração deu-se nos dois principais mercados relevantes indicados (coberturas e chocolates sob todas as formas), não se restringindo a um só deles. Neste contexto, soluções pontuais não seriam aptas a evitar o domínio de mercado da Nestlé após a operação, muito menos o alentado prejuízo à concorrência trazido pelo ato de concentração objeto de análise.*

*Deve ser ressaltado que há um mercado no qual não se observou concentração excessiva, qual seja o de balas e confeitos. No entanto, não vislumbro solução pontual que permitisse a aprovação somente em relação a tal mercado. Em primeiro lugar, pelas características da planta industrial da Garoto, concentrada exclusivamente em Vila Velha. Em segundo lugar porque um dos fatores que reposicionará maior equilíbrio concorrencial e justamente o amplo portfólio de produtos da Garoto.*

*Com efeito, as características do mercado demonstram de forma cabal a absoluta impropriedade de soluções parciais. Ficou bem demonstrada que a competitividade no mercado de chocolates sob todas as formas demanda a necessidade de um amplo portfólio de produtos, o que seria ameaçado caso, por exemplo, fosse determinada a alienação de apenas algumas marcas.*

*Deste modo, na realidade é o posicionamento da Garoto como um todo, com o seu elástico portfólio, que lhe permite uma posição de disciplinamento do mercado evitando aumento de preços. O desmatelamento da sua linha de produtos (essencialmente coberturas e chocolates) que seria ocasionado por qualquer solução de desinvestimento parcial retiraria dela*

*qualquer capacidade, tornando absolutamente inócua tal medida, que não evitaria a lesão à concorrência.*

*E, o que é muito pior, soluções estruturais parciais colocariam em risco a sobrevivência da Garoto, pois a sua divisão poderia acarretar, no médio e longo prazo, a sua inviabilização como unidade fabril, colocando em xeque o padrão concorrencial do mercado e os empregos de seus trabalhadores. Ademais, isso seria de difícil concretização na prática, devido às características da planta industrial centralizada. Ademais, os mercados em questão a linha de distribuição é um fator de suma relevância para o sucesso comercial das empresas envolvidas, sendo a distribuição tão mais eficiente quanto mais ampla a linha de produtos. Assim, a alienação de algumas marcas e de todo o negócio de coberturas, por exemplo, colocaria em risco a eficiência da linha de distribuição remanescente, não sendo, assim, suficiente para restabelecer o padrão competitivo.*

#### **IV. CONCLUSÃO**

*Por todos os motivos expostos, bem como os demais elementos contidos nos autos, voto pela determinação de desconstituição da operação, nos termos do § 9º do art. 54 da Lei 8.884/94, devendo a Nestlé alienar todos os ativos, marcas e elementos de propriedade intelectual pertencentes à Garoto, de forma que a alienação imposta envolva o negócio como um todo, a terceiro que não detenha posição dominante nos mercados relevantes e que seja previamente aprovado pelo CADE.”*

Já o voto proferido pelo presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, Conselheiro João Grandino Rodas, vencido, posicionou-se pela aprovação do ato com restrições, manifestando o seguinte entendimento acerca da livre iniciativa e livre concorrência:

*“Cabem, agora, alguns comentários sobre a competência do CADE no tocante à imposição de medidas restritivas aos atos de concentração. O tratamento jurídico de controle prévio, previsto na legislação brasileira, no caso dos atos de concentração, – Lei n.º 8.884/94, Título VII ‘Das Formas de Controle’ – considera que estes atos podem ser aprovados ou não. Tanto é verdade que, em seu art. 54, § 1º, prescreve que o CADE ‘poderá autorizar os atos’, e no § 9º, que poderá ‘concluir ou não pela sua aprovação’. Decorre do último parágrafo citado que o CADE pode aprovar ou desaprovar o ato, podendo fazê-lo limitadamente.*

*Entretanto, uma desaprovação total, ou mesmo parcial, pode-se constituir em intervenção desmedida no domínio econômico que, a teor do art. 170 da Constituição Federal, possui limites, com o fito de não quebrar o equilíbrio do próprio mercado. Por outro lado, deve-se lembrar que a ordem econômica se sustenta sobre dois fundamentos: a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano e, também, sobre um objetivo nuclear: assegurar a todos uma vida digna, de acordo com os preceitos da justiça social. Dessa forma, sobre esses pressupostos básicos, constrói-se a ordem social, decorrendo deles, também, os limites da intervenção governamental.*

*Lembrando-se de que a livre iniciativa deve pautar-se pela valorização do trabalho, visando a justiça social ampla, o Estado deve, também, avaliar em que termos ela pode ser por ele limitada.*

*A própria Constituição estabelece parâmetros. O art. 173 exclui a exploração direta da atividade econômica, salvo em casos específicos e, regra geral, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Já o art. 174, caput, atribui-lhe, como agente normativo e regulador, três funções em face da ordem privada: a fiscalização, o incentivo e o planejamento, em caráter apenas indicativo, e não compulsório para o setor privado.*

*Esses parâmetros estão presentes nos casos de concentração empresarial, por ato de livre iniciativa. Isto porque, por conta da proibição da exploração dessas atividades (art. 173), fica excluída a desapropriação de ativos ou cotas empresariais ou a venda compulsória a qualquer preço, ainda que abaixo da avaliação de mercado.*

*O seu art. 174 proíbe a imposição compulsória do planejamento à iniciativa privada e, aqui, vejo claro um problema para o presente caso. Adotando a melhor doutrina sobre o assunto, entendo por planejamento a previsão de comportamentos econômicos futuros, por meio da formulação explícita de objetivos e definição dos correspondentes meios, visando o melhor estabelecimento e funcionamento da ordem social, em condição de mercado. Assim, uma determinação de desconcentração, efetivada por um órgão estatal, provoca a definição ou mesmo imposição de um modelo que deseja adotar para um determinado setor, fixando, também, os meios a serem adotados para atingir este objetivo, tais como alienação de ativos, desfazimento de operações, etc.*

*Preservando essas limitações constitucionais, a Lei 8.844/94 tem como escopo disciplinar a desconcentração, a fim de que não se torne ato compulsório de planejamento governamental, o que seria inconstitucional.*

*A citada lei chega mesmo a mencionar a hipótese de 'desconstituição' total ou parcial, de um ato de concentração ( art. 54, §v 9º). Não a prevê como uma competência de intervenção direta do CADE no domínio econômico, uma vez que está claro no escopo da própria lei que sua competência direta é aprovar ou desaprovar o ato, parcial ou totalmente. Essa desconstituição mencionada na lei decorre da executoriedade das decisões do CADE, quando diz caber a seu Plenário, se concluir pela não aprovação, apenas 'determinar as providências cabíveis para sua desconstituição total ou parcial', porém não determina **quais ativos** deverão ser desconstituídos, o que é matéria de iniciativa empresarial. Deixa, também, bastante claro, que a*

*desconstituição decorrente da não aprovação do ato limita-se ao estritamente necessário para que se diminuam 'os efeitos nocivos à ordem econômica'.*

*Como bem salienta Calixto Salomão Filho, o ato administrativo, de aprovação ou não, **tem natureza declaratória negativa, e não desconstitutiva**: 'Ao CADE não compete determinar a forma societária pela qual a desconstituição será processada. Ele deve apenas decidir pela desaprovação total ou parcial. Cabe, então, às partes, decidir a melhor forma de fazê-lo e submeter o plano de desconstituição, ao CADE, para aprovação. Competirá, ao CADE, no momento da análise da desconstituição, verificar se a alternativa apresentada é suficiente para eliminar a ameaça existente de dominação dos mercados'. E, ainda, 'a palavra "suficiente" deve ser entendida ao pé da letra. Ao órgão de controle cabe apenas verificar a adequação das formas societárias aos objetivos concorrenciais e exigir sua adaptação, **no exato limite necessário ao cumprimento desses objetivos**. Assim, em sua apreciação, sob pena de abuso de poder, o CADE deve impor a utilização apenas daqueles meios (formas societárias) estritamente necessários à obtenção dos resultados pretendidos (os objetivos da lei concorrencial fixados em seu art. 1º).*

*Concluindo, afirma o citado autor que: "Sempre que uma intervenção menos profunda no negócio entre as partes for suficiente para eliminar o risco ao sistema concorrencial, ela será preferível à desconstituição total do ato e restituição das partes ao estado inicial.*

## **5. CONCLUSÃO**

*Com base nas considerações acima, entendo que o voto do Relator excedeu aquele limite do que seria estritamente necessário para afastar os efeitos nocivos da operação. (...) Desta forma, voto pela aprovação do ato de concentração com restrições."*

Os votos em destaque contemplam posições antagônicas, mesmo baseando-se em idênticos princípios – livre iniciativa e livre concorrência.

O Conselheiro Roberto Augusto Catellanos Pfeiffer sujeita a livre iniciativa aos limites circunscritos pelos princípios conformadores da ordem econômica, dentre eles a livre concorrência, que visa garantir condições propícias à tomada de decisões pelos agentes econômicos e consumidores em um ambiente de livre concorrência, cujo objetivo em última análise, deve ser beneficiar os consumidores.

Com base nisso, extrai a legitimidade do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, de acordo com a concepção constitucional, quanto à sua função preventiva na análise dos atos de concentração e inerentes poderes para reprovação total ou parcial da operação.

A concentração do poder econômico, no entender do eminente Conselheiro, é interpretada como fator com potencialidade para limitar a concorrência e também a própria liberdade de iniciativa. Significa dizer que, assegurada a livre concorrência, também a livre iniciativa será assegurada.

Já o voto do Conselheiro João Grandino Rodas considerou a desaprovação total do ato como intervenção excessiva no domínio econômico, visto a ordem econômica estar baseada na livre iniciativa e na valorização do trabalho.

Aduz que o artigo 174 da Constituição Federal veda a imposição à iniciativa privada de planejamento compulsório (comportamentos econômicos futuros), vedação a ser observada em casos de concentração empresarial por atos de livre iniciativa.

Considera o eminente Conselheiro que a Lei nº 8.884/1994, em seu escopo de disciplinar a desconcentração, não pode tornar-se ato compulsório de planejamento governamental, sendo este o motivo a justificar a inadmissibilidade de decisão que viesse a reprovar integralmente a concentração sob exame e que determinasse a alienação dos ativos da Garoto pela Nestlé, visto que a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE não deve ultrapassar o necessário para eliminação da ameaça de dominação de mercado.

### **3.3. CONJUNGAÇÃO DA LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA**

Como visto, livre iniciativa e livre concorrência são princípios interligados e restritos, pois representam liberdades condicionadas a outros imperativos, como a justiça social e a valorização do trabalho; não excluindo a atuação do Estado na condição de agente normativo e regulador da atividade econômica (artigo 174 da Constituição Federal).

A livre iniciativa permite concluir pela impossibilidade de intervenção estatal que suprima por completo a liberdade de iniciativa econômica.

Todavia, o artigo 173 da Constituição Federal, ao contemplar a repressão aos abusos do poder econômico e o artigo 170, inciso IV, ao erigir à condição de princípio a livre concorrência, confere à legislação antitruste a possibilidade de reprovar atos de concentração total ou parcialmente, sem que isto importe em inconstitucionalidade.

Sérgio Varella Bruna desta que:

*“(...) a atividade antitruste do Estado visa justamente à preservação da livre concorrência e, conseqüentemente, da livre iniciativa. Não se trata, pois, de restringir a liberdade daquele que abusa de seu poder econômico, já que ninguém, tem liberdade para abusar. Em casos de abuso, a atividade do agente econômico terá ido além dos limites de suas liberdades. Vê-se que não há restrição de liberdade, mas sim restauração da liberdade dos demais agentes de mercado, violada pelos atos abusivos”<sup>36</sup>.*

Portanto, a limitação dos atos de concentração com base nos requisitos previstos na Lei nº 8.884/1994, não configura hipótese de violação à livre iniciativa, mas restauração da liberdade dos demais agentes.

Em razão disso, Eros Roberto Grau conclui que:

*“A expressa referência aos ‘ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico’ e a afirmação de que ‘a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei’ definem a amplitude do conteúdo da Lei n. 8.884/94. Ela não é, meramente, uma nova lei antitruste; assim, seu fundamento constitucional não se encontra apenas, exclusivamente, no § 4º do art. 173 da Constituição de 1988 – trata-se de lei voltada à preservação do modo de produção capitalista.*

(...)

---

<sup>36</sup> BRUNA, Sergio Varella. Ob. cit. p. 137.

*As regras da Lei n. 8.884/94 conferem concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com a ideologia constitucional adotada pela Constituição de 1988. Esses princípios coexistem harmonicamente entre si, conformando-se, mutuamente, uns aos outros. Daí porque o princípio da liberdade de concorrência ou da livre concorrência assume, no quadro da Constituição de 1988, sentido conformado pelo conjunto dos demais princípios por ela contemplados; seu conteúdo é determinado pela sua inserção em um contexto de princípios, no qual e com os quais subsiste em harmonia.”<sup>37</sup>.*

No mesmo sentido Calixto Salomão Filho destaca que:

*“Livre iniciativa não é sinônimo de liberdade econômica absoluta. Note-se que opor o princípio da livre iniciativa à desconcentração implicaria logicamente dever aplica-lo também à concentração. Ou seja, se ele é um limite à ação desconcentrativa do Estado, ele também limita o poder do Estado barrar uma concentração, expressão máxima, até mesmo etimologicamente, da livre iniciativa.*

*O que ocorre é que o princípio da livre iniciativa, inserido no caput do art. 170 da Constituição Federal, nada mais é do que uma cláusula geral cujo conteúdo é preenchido pelos incisos do mesmo artigo. Esses princípios definem a liberdade de iniciativa não como uma liberdade anárquica, porém social, e que pode, conseqüentemente, ser limitada”<sup>38</sup>.*

---

<sup>37</sup> GRAU, Eros Roberto. Ob. cit. p. 191/193.

<sup>38</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. cit. p. 93/94.

A livre iniciativa é mitigada pela livre concorrência e demais princípios citados no artigo 170 da Constituição Federal, motivo que leva o autor em comento a concluir, quanto aos atos de concentração, que a “*desconstituição compulsória é constitucionalmente admitida*”<sup>39</sup>.

Assim, a livre iniciativa sofre restrições fundadas na própria Constituição Federal, de forma que não há como se admitir que o exercício da livre iniciativa resulte em lesão ao princípio da livre concorrência.

Diante disso o entendimento manifestado pelo Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, contrário à aprovação do ato de concentração entre Nestlé e Garoto, se apresenta mais consentâneo à Constituição Federal e à doutrina e jurisprudência vigentes, no que refere-se à preponderância da livre concorrência sobre a livre iniciativa, pois, conforme destaca em seu voto, a “*livre concorrência é princípio conformador da ordem econômica*”.

Conseqüentemente, não cabe interpretar a livre iniciativa, “*fundamento da ordem econômica*”, como absoluta, pois, limita-se ela, justamente, em decorrência dos princípios conformadores da ordem econômica, dentre os quais está a livre concorrência.

O princípio da livre concorrência, cujo objetivo está em assegurar que agentes econômicos e consumidores tomem decisões em um ambiente de concorrência irrestrita, conforme destacado no voto do eminente Conselheiro, acaba por preservar também a livre iniciativa, ao proteger um dado mercado relevante de condutas anticoncorrenciais.

---

<sup>39</sup> Idem. P. 96.

É o que se infere da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, transcrita no voto, no sentido de que “*o desenvolvimento do poder econômico privado, fundado especialmente na concentração de empresas, é fator de limitação à própria iniciativa à medida em que impede ou dificulta a expansão das pequenas iniciativas econômicas*”.

E, ao lembrar que a Constituição Federal de 1988 não reprime o poder econômico em si, mas sim seu uso abusivo (artigos 170 e 173), demonstra a constitucionalidade do controle estrutural da concorrência, justificando a necessidade de fiscalização de atos que importem em concentração econômica e conferindo respaldo à função preventiva atribuída ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE de análise dos atos de concentração, na forma da Lei nº 8.884/1994.

A atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE nos casos de reprovação de atos de concentração, com imposição de medidas desconstitutivas da operação ou de aprovação parcial, mediante termo de compromisso de desempenho, no entender do Conselheiro, em razão das disposições acima mencionadas, constitui-se, portanto, em ato vinculado.

Assim, diante dessas constatações, os argumentos expendidos no voto do eminente Conselheiro João Grandino Rodas, no sentido de que eventual desaprovação total ou parcial do ato de concentração sob exame poderia configurar “*intervenção desmedida no domínio econômico*”, como visto, não encontram respaldo na doutrina e jurisprudência vigentes.

Isto porque, são conferidos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE poderes para, não só restringir total ou parcialmente os atos de concentração, mas também estabelecer medidas desconstitutivas que venham a ser necessárias, sempre que verificada concentração excessiva de mercado relevante, nos termos do artigo 54, § 9º, da Lei nº 8.884/1994.

Diante disso, não podem ser interpretadas como intervenção excessiva no domínio econômico a reprovação parcial ou total de atos de concentração e a fixação das providências cabíveis à desconstituição do ato, pois visam elas restabelecer o padrão concorrencial.

Portanto, ao manifestar-se sobre a aprovação ou não do ato de concentração, compete ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, caso decida pela reprovação total ou parcial da operação, necessariamente, determinar as providências cabíveis à desconstituição do ato na parte em que não for aprovado.

Providências que no caso em comento redundaram na determinação para alienação dos ativos da Garoto pela Nestlé, uma vez constatado que não haveria possibilidade de aprovação da operação, ante o não atendimento das exigências previstas no artigo 54, § 1º, da Lei nº 8.884/1994 e decorrente impossibilidade de utilização de compromisso de desempenho (vez que este se presta a assegurar o cumprimento das exigências previstas no referido § 1º) e ante a inexistência de solução intermediária que pudesse ser lançada e que alcançasse os resultados de re-estabelecimento do padrão concorrencial de mercado.

De forma que correta a decisão proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE na apreciação do Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89, que, mesmo frente ao princípio constitucional da livre iniciativa, reprovou a concentração, ante o não atendimento das exigências previstas na Lei nº 8.884/1990.

Isto porque, não há como agentes econômicos pretenderem, com base na livre iniciativa, justificar a aprovação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, de ato de concentração que importe em desrespeito às exigências estabelecidas na Lei nº 8.884/1994.

## CONCLUSÃO

Como restou demonstrado no presente estudo, a necessidade de controle jurídico da concorrência decorre do fato de que atos de concentração entre empresas podem caracterizar fator de instabilidade, em razão dos efeitos, potenciais ou efetivos, que podem gerar no mercado, ante a possibilidade de exercício abusivo do poder econômico, quando constata a existência de detenção de parcela substancial de mercado relevante.

A necessidade de controle estrutural da concorrência, portanto, é consequência direta da necessidade de preservação de um mercado concorrencial equilibrado - em que nenhum dos agentes é suficientemente forte para, por si mesmo, afeta-lo.

Todavia, a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 8.884/1994 não vedam nem condenam os atos de concentração por si mesmos, mas apenas as práticas anticoncorrenciais deles decorrentes.

Quando benéficos ao mercado e preenchidos os requisitos legais, os atos de concentração podem e devem ser autorizados, como nos casos em que, mesmo verificada a detenção de parcela substancial de mercado relevante, propiciam aumento de produtividade, melhoria da qualidade de bens ou serviços, desenvolvimento tecnológico, conferindo benefícios ao mercado consumidor, sem eliminação de parte substancial da concorrência e sem exceder aos limites necessários à consecução dos objetivos.

Os atos de concentração, portanto, devem ser reprovados somente quando hábeis a permitir o exercício abusivo do poder de mercado, de maneira a afetar negativamente o mercado concorrencial.

Como visto, o exercício abusivo do poder de mercado, segundo os critérios adotados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, deve ser aferido através da identificação do mercado relevante de produtos ou serviços e sua delimitação geográfica, da detenção de substancial parcela de mercado relevante e da existência de eficiências específicas do ato e de fatores inibitórios e/ou restritivos do exercício do poder de mercado.

Assim, ao atribuir ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE a função preventiva de análise e aprovação dos atos de concentração, realizada com base nos critérios acima indicados, a Lei nº 8.884/1994 objetiva assegurar a concretização dos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência, para tanto, apresentando mecanismos para resguardo da estrutura de mercados competitivos, tais como a reprovação total ou parcial e a determinação das providências necessárias à desconstituição do ato, caso não atendidos os requisitos legais expressos na própria lei.

Como consequência, a livre iniciativa não pode ser interpretada como princípio absoluto, por estar interligada a outros imperativos, como a livre concorrência, a justiça social e a repressão ao abuso do poder econômico, com os quais deve subsistir harmonicamente.

Portanto, como ficou evidenciado, a limitação dos atos de concentração com base nos requisitos previstos na Lei nº 8.884/1994, não configura hipótese de violação à livre iniciativa.

À primeira vista, a supremacia da livre iniciativa se apresenta como a hipótese que mais seduz, especialmente por estar inserida em Constituição Federal que preconiza o Estado democrático de direito e assegura plenamente direitos e garantias fundamentais ao indivíduo, o que, a princípio, impediria qualquer forma de mitigação de sua abrangência.

Entretanto, como visto, não é esta a melhor conclusão, pois, a abrangência do princípio da livre iniciativa excetua-se pelas determinações pré-estabelecidas na própria Constituição Federal, dentre elas a livre concorrência.

Até mesmo a elaboração do projeto de pesquisa referente ao presente estudo, a princípio, pautou-se no interesse de discutir o tema e buscar embasamento legal, doutrinário ou jurisprudencial que pudesse, com base no princípio da livre iniciativa, excetuar os atos de concentração da incidência das decisões total ou parcialmente restritivas proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Todavia, doutrina e jurisprudência brasileiras convergem na conclusão de que livre iniciativa não importa liberdade econômica absoluta, vez que limitada pelos demais princípios constitucionais, dentre eles a livre concorrência, não havendo embasamento legal que permita admitir o exercício da livre iniciativa em prejuízo da livre concorrência.

Conseqüentemente, sempre que o ato de concentração implicar em prejuízo à livre concorrência, em decorrência do desrespeito às exigências estabelecidas na Lei nº 8.884/1994, deve ser ele reprovado total ou parcialmente, pois o ordenamento jurídico brasileiro não autoriza a validação de condutas anticoncorrenciais com base no princípio constitucional da livre iniciativa.

## BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Olney Queiroz. Código Civil de 2002: A iniciativa privada e a atividade de produção ou circulação de bens ou serviços. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 13/maio/2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 20 ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 8ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BRITO, Beatriz Gontijo de. Concentração de empresas no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRUNA, Sergio Varella. O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício. 1ª. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. O perfil do CADE na legislação antitruste. Revista de Direito Econômico nº 24. Brasília, jul/dez 1996.

COELHO, Fabio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 6ª. ed. rev., atual.e aum. São Paulo: Saraiva, 1995.

CADE. Aspectos da Jurisprudência Recente do CADE. Relatório Anual 1998/1999. p. 87/88.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE in <<http://www.cade.gov.br>>.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Admissibilidade de atos que limitam a concorrência. Revista de Direito Econômico. Brasília, set/dez/1997.

FONSECA, José Júlio Borges da. Direito antitruste e Regime das Concentrações Empresariais. São Paulo: Atlas, 1997.

FORGIONI, Paula A. Posição dominante e seu abuso. Revista de Direito Econômico nº 26. Brasília, set/dez 1997.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 8ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GRAU, Eros Roberto. Elementos de direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, 1º de agosto de 2001 (DJU 158-E, de 17.08.2001, Seção 1, p. 12 a 15).

MAGALHÃES, José Carlos. Defesa da concorrência no Mercosul. Revista de Direito Econômico nº 25. Brasília, jan/jul 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O direito econômico na constituição. Revista de Direito Econômico nº 27. Brasília, jan/jul 1998.

NUSDEO, Fábio. Curso de economia. Introdução do direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Gesner de. Globalização e defesa da concorrência. Revista de Direito Econômico nº 25. Brasília, jan/jul 1997.

PAGANELLA, Marco Aurélio. A constituição, o princípio da livre concorrência e o sistema de mercado dual ou misto. Jus navegandi, Teresina, a. 8, n. 222, 15 fev. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4823>>. Acesso em 18/fevereiro/2004.

SALGADO, Lúcia Helena. A análise da experiência antitruste brasileira. Revista de Direito Econômico nº 25. Brasília, jan/jul 1997.

SALGADO, Lúcia Helena. O conceito de mercado relevante. Revista de Direito Econômico nº 26. Brasília, set/dez 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial – as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulamentação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional, 15<sup>a</sup>. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais 3<sup>a</sup>. ed., 2<sup>a</sup>. tir., São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

TOMAZETTE, Marlon. Direito Societário. 2<sup>a</sup>. ed. atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.