



# A NOVA DEFINIÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO E SUA RELEVÂNCIA NA CONSECUÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA<sup>1</sup>

THE NEW DEFINITION OF CONCENTRATION ACTS AND ITS  
RELEVANCE TO THE CONCRETION OF THE CONSTITUCIONAL  
PRINCIPLES OF FREE INITIATIVE AND FREE COMPETITION

*Eduardo Silveira Frade<sup>2</sup>*

*Hertha Urquiza Baracho<sup>3</sup>*

## Resumo

O presente estudo se propõe a discutir a nova definição dos atos de concentração, dada pela Lei 12.529/2011, e sua relevância para a consecução dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência. Assim, parte-se inicialmente de uma análise constitucional destes princípios, em seguida toma-se uma análise das novas noções de concentração dadas a partir da Lei 12.529/2011, demonstrando suas inovações para, por fim, discutir sua relevância para a livre concorrência e livre iniciativa. Para tanto, toma-se um enfoque interdisciplinar, adotando-se metodologia analítico-descritiva, bem como abordando-se conceitos essenciais à compreensão do tema.

**Palavras-chave:** Atos de concentração; livre iniciativa; livre concorrência; Lei 12.529/2011.

<sup>1</sup> Artigo recebido em 14/05/2014, pareceres submetidos em 26/05/2014 e 08/08/2014 e aprovação comunicada em 18/08/2014.

<sup>2</sup> Acadêmico de Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa – Unipê. Graduando em Relações Internacionais pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Pesquisador do Projeto de Iniciação Científica: Constituição, propriedade, desenvolvimento e cidadania ambiental, desenvolvido sob a coordenação da professora Doutora Hertha Urquiza Baracho. Pesquisador voluntário do Projeto de Iniciação Científica: Terra e Sustentabilidade, sob a coordenação do professor Doutor José Ferreira de Andrade. E-mail: <eduardosfrade@hotmail.com>

<sup>3</sup> Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1993). Professora Associada III da Universidade Federal da Paraíba (aposentada). Atualmente é Professora Titular do UNIPÊ e Professora Colaboradora da UFPB, atuando principalmente nos seguintes temas: constituição, desenvolvimento, propriedade e meio ambiente.



## Abstract

This paper discusses the new definition of concentration acts, instituted by Law 12.529/2011, and its relevance to the concretion of the free initiative and free competition principles. The paper begins with a constitutional analysis of these principles, and follows with the study of the new notions of concentration acts, according to the Law 12.529/2011, pointing its innovations. In conclusion, the paper discusses its relevance to free competition and free initiative. The approach is based on an interdisciplinary focus and a descriptive-analytical methodology, as well as conceptualizing essential terms to the comprehension of the object of this paper.

**Keywords:** Concentration control; free initiative; free competition; Law 12.529/2011

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Brasileira, em seu artigo 170, atesta os princípios orientadores da Ordem Econômica nacional, sendo estes, pois, essenciais à manutenção do Estado, na medida em que consolidam as bases perante as quais se fundamenta o Estado pátrio, dando-lhe a segurança jurídica necessária para o desenvolvimento das relações jurídicas, que permeiam a vida em coletividade.

Entre os princípios adotados para à manutenção da Ordem Econômica nacional, encontram-se a livre iniciativa e a livre concorrência, sendo estes comumente analisados de modo atrelado, na medida em que a segunda busca distorcer a desigualdade porventura oriunda da ampla liberdade de iniciativa concedida aos cidadãos.

Destarte, visando tutelar os objetivos juridicamente elencados como fundamentais à Ordem Econômica, ou mesmo da própria República, o Estado nacional, por meio da Constituição Federal de 1988, autoriza que sejam defendidos os preceitos da livre iniciativa e livre concorrência.

Em razão da defesa destes fundamentos jurídicos foram editadas diversas legislações antitrustes, sendo a mais recente delas promulgada em 30 de novembro de 2011, a Lei 12.529, sucessora, pois, da Lei 8.884/1994.

À nova Lei antitruste coube, além de reestruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, tratar sobre as condutas capazes de causar-lhe efeitos nocivos, aplicando-lhe sanções de ordem administrativa, amparadas no devido processo legal. Neste cerne, importante frisar, que tal dispositivo adota novas



significações aos atos de concentração econômica sujeitos à apreciação pelo Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), modificando, assim, os requisitos vigentes à Lei 8.884/1994.

O presente artigo tem, pois, o escopo de discutir a nova conceituação dos atos de concentração passíveis de serem analisados pelo Cade, analisando-a como meio de efetivação dos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência, buscando assim atestar qual a relevância destas modificações para a tutela destes preceitos. Salienta-se que para tanto, fora utilizada como metodologia o método analítico, sendo o referencial bibliográfico a principal técnica de pesquisa utilizada.

## **2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA**

### **2.1 A evolução destes preceitos nas constituições brasileiras**

A liberdade de iniciativa fizera guarida nas Constituições brasileiras desde a época do Império, quando previa aquela Carta Magna:

Art. 179, XXIV: Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, a segurança, e saúde dos Cidadãos (BRASIL, Constituição, 1824)

Observa-se assim que a tutela da livre iniciativa tem, pois, berço na primeira das Cartas Magnas nacionais. Outrossim, tendo se perpetuado na Constituição que lhe sucedera, ou seja, na primeira das constituições republicanas, isto em 1889, senão vejamos:

Art. 72, § 24: É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial (BRASIL, Constituição, 1889)

A Constituição Federal de 1934, por sua vez, em seu artigo 115, tratou de delimitar a liberdade econômica, contudo, sem definir aquilo que se faria conhecido por liberdade de iniciativa, bem como não determinando a tutela da livre



concorrência. Em verdade apresentava somente delimitações genéricas dos institutos, sem, contudo, trazer-lhes a objetividade jurídica necessária a sua efetividade, conforme depreende-se:

Art. 115: A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica. (BRASIL, Constituição, 1934)

Percebe-se, portanto, que existia neste período certa compreensão acerca da necessidade de tutela da livre iniciativa e da livre concorrência, contudo, nenhum destes apresentava-se, ainda, positivado, embora estivessem se demonstrado precipuamente compreendidos.

Somente em 1937, por meio da Constituição Polaca, é que a liberdade de iniciativa e a livre concorrência ganharam melhores contornos, uma vez que esta tratou em definir a “iniciativa individual” como “poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo”, bem como assegurou que a intervenção do Estado na economia dar-se-ia apenas para corrigir distorções, atuando de modo a estimular-lhe ou controlar-lhe. Assim preleciona o artigo 135 desta Carta Magna:

Art. 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a 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 poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta. (BRASIL, Constituição, 1937)

Destarte, a Constituição de 1937 apresenta significações que serviriam de base para a determinação daquelas vindouras, na medida em que inaugurara a necessidade de delimitação da intervenção Estatal, uma vez que este deveria sim atuar no mercado, seja de maneira direta ou indireta, contudo, esta atuação devendo ser delimitada aos interesses da Nação, bem como objetivando “suprir as deficiências da iniciativa individual”.



Contudo, até a promulgação da Carta Magna de 1946, não se havia previsão expressa quanto à tutela da livre concorrência ou dos controles de abuso de poder. Desta sorte, ainda não haviam mecanismos efetivos de controle e reprimenda destes institutos. Neste sentido, destaca Fernando Herren Aguillar:

Até a Constituição de 1946 não houve previsão constitucional em relação à disciplina da concorrência ou ao abuso de poder econômico. Apenas se regulou a hipótese de monopolização pelo Estado de atividades econômicas no art. 116 da Carta Magna de 1934 e a proteção da economia popular, no artigo subsequente, e no art. 141 da CF de 1937. Somente com o art. 148 da Constituição de 1946 é que se dispôs que a “a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso de poder econômico”. E especificava que, dentre essas formas, estavam as uniões ou agrupamentos de empresas que tivessem por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros. (AGUILLAR, 2009, p. 259)

Percebe-se, portanto, o marco desta Constituição Federal na tutela da livre concorrência, em especial, na medida em que dispôs acerca da possibilidade de reprimenda do Estado, diante da constatação de abuso de poder.

Contudo, a referida Carta Magna não apresentou a definição de abusos de poder, impondo, pois, à legislação complementar e à doutrina o papel de determinar tal expressão.

Somente com a Constituição Federal de 1967, por meio de seu art. 157, posteriormente remunerado para 160 em razão da emanada nº 1 de 1969, que foram determinados como princípios regentes da ordem econômica, aqueles preceitos essenciais à sua manutenção. Senão vejamos:

Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:  
I - liberdade de iniciativa;  
II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;  
III - função social da propriedade;  
IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;  
V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e  
VI - expansão das oportunidades de emprego produtivo. (BRASIL, Constituição, 1967)



Observa-se que, com este texto normativo, a liberdade de iniciativa passou à posição de princípio fundamental da ordem econômica, bem como a livre concorrência, embora ainda não assim compreendida, uma vez que o inciso V supracitado apresenta como princípio a repressão ao abuso de poder econômico.

Em verdade, a livre iniciativa e livre concorrência, especialmente a segunda, somente ganham maior significação e projeção com a Constituição Federal de 1988. Não obstante ela ter se realizado sob a influência de suas antecessoras, ela constitui um marco na defesa destes princípios, conforme se fará exposto.

## 2.2 A tutela da livre iniciativa e da livre concorrência na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 traz nova expressão à defesa da livre iniciativa e da livre concorrência, ressaltando, inclusive, a liberdade de iniciativa como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, ou seja, pondo-o como condição *si ne qua non* para a existência do Estado nacional, tal qual conhecemos. Neste sentido, cumpre esclarecer sua importância:

A consagração da liberdade de iniciativa, como primeira das bases da ordem econômica e social, significa que é através da atividade socialmente útil a que se dedicam livremente os indivíduos, segundo suas inclinações, que se procurará a realização da justiça social e, portanto, do bem-estar social. (FERREIRA FILHO, 1995, p. 3)

Assim como bem acentuou Ferreira Filho, tem-se o papel primordial da livre iniciativa enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito. Contudo, a livre iniciativa também fora determinada como fundamento da Ordem Econômica nacional. Neste sentido, pode-se dizer, em concordância com José Afonso da Silva, que fora determinado o capitalismo no Estado brasileiro, “pois a livre iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista” (SILVA, 1999, p. 742)

Ademais, acerca da importância da livre iniciativa destacam Araújo e Nunes Júnior:

Erigida à condição de fundamento da ordem econômica e simultaneamente princípio constitucional fundamental (CF, art. 1, IV), a livre iniciativa



constitua uma das mais importantes normas de nosso ordenamento jurídico constitucional. (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2001, p. 374)

Assim, conforme acentuam os autores, tem-se por patente o papel da defesa da livre iniciativa para o Estado brasileiro, ressaltando-se, assim, o papel primordial da defesa deste preceito constitucional como essencial à manutenção do Estado. Ademais, cumpre destacar também, o duplice grau de importância dado à este princípio, na medida em que se faz presente tanto na percepção da ordem econômica, como na perpetuação do próprio Estado, conforme demonstra o artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

Todavia, para que se possa conjecturar a livre iniciativa tal qual observada, há que se entenda-la em sentido amplo, como bem assevera André Ramos Tavares:

A livre-iniciativa de que fala a Constituição há de ser, realmente, entendida em seu sentido amplo, compreendendo não apenas a liberdade econômica, ou liberdade de desenvolvimento de empresa, mas englobando e assumindo todas as demais formas de organização econômicas, individuais ou coletivas, como a cooperativa (art. 5º, XVIII, e art. 174 §§3º e 4º), e a própria liberdade contratual e comercial. (TAVARES, 2011, p. 235).

Neste diapasão percebe-se, pois, que André Ramos Tavares em muito corrobora com o teor dado por Cristiane Derani à significação deste princípio, senão vejamos:

A liberdade de iniciativa econômica no mercado possui conteúdo ambíguo. Ela designa tanto a liberdade de empresa, como liberdade de acesso ao exercício de profissões (liberdade contratual). Subtende igualmente liberdade contratual, que permite ao agente econômico produzir, comprar, vender, fixar preço, quantidades em função de sua vontade, limitada pela reciprocidade contratual. (DERANI, 2000, p. 174)

No sentido dado por estes autores, em relação à liberdade contratual cumpre esclarecer e asseverar sua pluridimensionalidade, conforme apontados por Tavares:

A liberdade de contratar envolve: 1) faculdade de ser parte, em um contrato; 2) a faculdade de se escolher com quem realizar o contrato; 3) a faculdade de se escolher o tipo de negócio realizar; 4) a faculdade de fixar o conteúdo do contrato segundo as convicções e conveniências das partes; e, por fim, 5) o poder de acionar o Judiciário para fazer valer as disposições



contratuais (garantia estatal de efetividade do contrato por meio de coação). (TAVARES, 2011, p. 236).

Ademais, acerca da liberdade subjetiva inerente ao princípio da livre iniciativa, resume André Ramos Tavares:

Assim, sinteticamente, é possível estabelecer a liberdade de iniciativa no campo econômico como constituída pela liberdade de trabalho (incluídos o exercício das mais diversas profissões) e de empreender (incluído o risco do empreendimento: o que produzir, quanto produzir, qual o preço final), conjugada com a liberdade de associação, tendo como pressupostos o direito de propriedade, a liberdade de contratar e comercial. (TAVARES, 2011, p. 237)

Ato contínuo há que se destacar que a livre iniciativa é condição essencial para que seja lograda a livre concorrência, como bem observa Celso Ribeiro de Bastos:

Só pode existir livre concorrência onde há livre iniciativa. O inverso, no entanto, não é verdadeiro – pode existir livre iniciativa sem livre concorrência. Assim, a livre concorrência é algo que se agrega a livre iniciativa (BASTOS, 2000, p. 455)

Por esta razão percebe-se porque muitas vezes estes princípios constitucionais são empregados como sinônimos, todavia havendo que se convir que, em linhas gerais, não devem ser confundidos, na medida em que “a livre iniciativa correlaciona-se com a manutenção das possibilidades reais de acesso e exercício de atividade econômica pelos indivíduos, como garantia de sua liberdade econômica. A livre concorrência refere-se às possibilidades destes agentes de disputarem as preferências do consumidor no mercado de consumo”. (NUSDEO, 2002, p. 234)

A livre concorrência também encontra amparo constitucional, sendo classificado à ordem de um dos princípios regentes da ordem econômica, conforme classifica o artigo 170, *caput*, da Constituição Federal. Acerca do significado do vocábulo *concorrência*, leciona Carlos Barbieri Filho:

Concorrência é disputar, em condições de igualdade, cada espaço com objetivos lícitos e compatíveis com as aspirações nacionais. Consiste, no



setor econômico, na disputa entre todas as empresas para conseguir maior e melhor espaço no mercado. (BARBIERI FILHO, 1984, p. 119)

Compreende-se, portanto, a livre concorrência, na existência de um mercado sem entraves, em que seja possível aos atores da ordem econômica, notadamente às empresas, desenvolverem suas potencialidades e atividades, objetivando maiores espaços no mercado.

Ademais, a proteção da livre concorrência tem o escopo de trazer benefícios a diversos sujeitos atuantes na ordem econômica, pois “suas vantagens alcançam o consumidor, o fornecedor, o mercado e a sociedade”. (SANTIAGO, 2008, p. 30)

Em linhas gerais, percebe-se que, com a tutela deste princípio, os consumidores conseguem os produtos com o menor preço possível, os fornecedores conseguem ampla liberdade em empreender sua atividade econômica, o mercado alcança maior eficiência e a sociedade consegue alcançar maior igualdade<sup>4</sup>. Ademais, acerca desta multiplicidade de benefícios alcançados com a defesa da livre concorrência, leciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

A livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a preço mais baixo. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração do poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada. (FERRAZ JÚNIOR, 1989)

Diante do exposto, cumpre ressaltar que o dever de interpretação conjunta do princípio da livre concorrência com os demais positivados no ordenamento pátrio, pois, em geral este serve como princípio meio para a consecução dos demais. Em razão da alta valoração semântica deste preceito, e da sua necessidade de interpretação conjunta aos demais princípios da ordem econômica expressos na Carta Magna de 1988, assevera Diego Bonfim:

O princípio da livre concorrência não deve ser interpretado em desacordo com o restante do ordenamento jurídico, sob pena de, em razão única da

<sup>4</sup> Neste ponto há que se destacar que a livre concorrência corrobora, pois, com a consecução dos valores objetivados no art. 5º da Constituição Federal de 1988.



carga semântica da expressão, se extrair um sentido absolutamente distorcido dos valores constitucionais por ele preservados. (BOMFIM, 2011, p. 173).

Neste diapasão, acerca da distinção entre livre iniciativa e livre concorrência, cumpre esclarecer que “o princípio da livre concorrência assume um caráter instrumental ao princípio da livre iniciativa, na medida em que constitui um dos elementos a balizar seu exercício” (NUSDEO, 2002, p. 237)

Neste ponto, destaca-se que o princípio da livre concorrência apresenta-se como princípio meio para a consecução da livre iniciativa e demais preceitos essenciais à justiça social, uma vez que somente com a presunção da livre concorrência é que a livre iniciativa poderia beneficiar toda a coletividade.

### 3 O PAPEL DO PROMOCIONAL DO ESTADO NO QUE TANGE À LIVRE CONCORRÊNCIA

A função promocional do Estado em relação à livre concorrência dá-se em duas vertentes: de maneira positiva ou negativa, conforme leciona Luciano Sotero Santiago:

A primeira, de *eficácia positiva*, autoriza a adoção pelo Estado de meios necessários para a concretização, efetivação e realização da livre concorrência, permitindo, inclusive, a intervenção estatal para obrigar o poder privado econômico a respeitar e promover a livre concorrência (...) A segunda, de *eficácia negativa*, coíbe e reprime os abusos praticados no mercado, proibindo a emanção de normas, atos, práticas comerciais, cláusulas contratuais, ou políticas econômicas, públicas ou privadas, que contrariem a livre iniciativa, sob pena de violação da Constituição. (SANTIAGO, 2008, p. 50)

Ademais, corrobora com o exposto André Ramos Tavares, asseverando o papel positivo do Estado na tutela da livre concorrência:

A livre concorrência, longe de exigir uma absoluta abstenção do Estado, está exatamente a impor uma intervenção (normativa e fiscalizadora) deste, no sentido de garantir que no mercado permaneça a liberdade geral, que poderia estar sendo tolhida pelo poder de algum agente econômico. (TAVARES, 2011, p. 258)



Observa-se, portanto, que os autores discorrem acerca da significação semântica dado ao art. 173, § 4º da Constituição Federal, que afirma categoricamente 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”.

Salienta-se, todavia, que a Constituição Federal não atribui ilicitude ao exercício de poder econômico, posto que esta é condição, via de regra, decorrente do sucesso da empreitada comercial. A ilicitude reside no abuso de poder econômico, geralmente associado à dominação dos mercados.

Acerca da expressão “abuso de poder econômico” e sua significação, descreve Calixto Salomão Filho:

A expressão ‘abuso de poder econômico’ entendida como desvio de função do poder, sem dúvida significa uma conduta estratégica visando à obtenção de efeitos anticoncorrenciais (dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros). (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 416)

Assim, pode-se perceber doutrinariamente o teor objetivado pelo legislador pátrio ao buscar reprimir o abuso de poder econômico, uma vez que não fora positivada no texto constitucional a significação preterida.

A conceituação de dominação de mercados, contudo, não se permeia de definição positiva, uma vez que deve ser relativizada, conforme se depreende:

A participação no mercado, por si só, não é indício definitivo de dominação dos mercados. Sua avaliação depende fundamentalmente da estrutura específica de cada mercado. Se o setor for monopolizado e a conduta em análise colaborar na criação de um oligopólio, a avaliação deve ser, basicamente, positiva. (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 423).

Assim, conclui, pois, o supracitado doutrinador:

Não é preciso definir o que significa, econômica e/ou matematicamente ‘dominação dos mercados’, com todas as dificuldades imanentes a essa definição. *Dominação dos mercados*, como efeito potencial, pode identificar à limitação efetiva da concorrência. (SALOMÃO FILHO, 2013, p.425)



Desta sorte, compreende-se que não se faz imperiosa a definição de dominação de mercado, adotando-se, para tanto, critérios positivados, pois, em verdade, deve-se relativizar o referido conceito, atentando para seus efeitos e não para a sua forma, uma vez que cada segmento do mercado é dotado de peculiaridades que o distinguem e singularizam.

Assim, não necessariamente uma dominação de mercados terá como consequência a eliminação da concorrência, podendo, ao revés, incentivá-lo. Desta feita, cumpre reiterar, deve-se combater o abuso de poder econômico, inobstante esta condição estar, em geral, associada à dominação de mercados.

Imperioso também destacar que o legislador pátrio utiliza, no art. 173, § 4º da Constituição Federal, a expressão “aumento arbitrário dos lucros”, pois este seria o resultado objetivado pelos transgressores, diante do exercício de “abuso de poder”.

Desta feita, conclui-se que a Constituição Federal busca, no dispositivo supracitado, reprimir quaisquer formas de se eliminar a concorrência, autorizando o Estado à reprimenda de quaisquer condutas anticoncorrenciais em razão de seu resultado, desta sorte tutelando o princípio da livre concorrência.

#### **4 A NOVA DEFINIÇÃO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO TRAZIDA PELA LEI 12.529/2011**

A concentração econômica pode ser resumida, nos dizeres de José Julio Borges da Fonseca, ao “aumento da riqueza em poucas mãos” (FONSECA, 1995, p.84). De fato, o acúmulo de riquezas pode ser compreendido como efeito e consequência das concentrações, contudo, no direito antitruste ou concorrencial, este termo tem sido empregado para designar atos de coligação entre empresas, tendo em vista à dominação dos mercados e/ou eliminação da concorrência e, conseqüentemente, o aumento arbitrário dos lucros. Neste sentido, Nuno T. P. Carvalho define as concentrações:

Concentração de empresas é todo ato de associação empresarial, seja por meio da compra parcial ou total dos títulos representativos de capital social (com direito a voto ou não), seja através da aquisição de direitos e ativos,



que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial. (CARVALHO, 1995, p. 91-92)

Assim, percebe-se que na realização de um ato de concentração existem, em um primeiro momento, dois agentes dotados de autonomia decisória. Posteriormente, tais centros decisórios se unificam em um só partícipe ou em um novo ente, tendo ocorrido modificação na estrutura proprietária ou de gestão de, no mínimo, um dos partícipes.

Visando regular esta atividade, foram editadas diversas legislações nacionais e internacionais. Embora não haja consenso doutrinário acerca do início desta regulação, na medida em que alguns doutrinadores, à exemplo Paula A. Forgioni, defendam que a história mundial demonstrou, desde à época da Antiguidade Grega que se “havia regulamentação dos monopólios, de forma a gerar para o governo receitas consideráveis” (FORGIONI, 2013, p.37), certo é que o *Sherman Act* – a primeira lei antitruste americana – fora um marco “numa tentativa coibir os problemas relacionados ao abuso de poder econômico” (GABAN e DOMINGUES, 2012, p. 65). Neste diapasão destaca Moniz Bandeira:

Neste panorama, a concorrência passou a ser vista como primordial para o sistema econômico e exigiu uma atuação do Estado para eliminar as distorções que poderiam ser causadas ao sistema. Desse modo, o *Sherman Act* tornou-se o núcleo de toda a atividade antitruste nos EUA e serviu como base para a legislação de outros países, como a do próprio Brasil. (BANDEIRA, 1979, p. 3)

Desta feita, influenciado pelas diversas legislações antitrustes incipientes ao redor do mundo, e, notadamente, no *Sherman Act* estadunidense, o Estado brasileiro editou diversas legislações de mesmo teor, visando assim reduzir as possíveis disparidades resultantes da concentração de poder econômico e de seu abuso.

No Brasil, a defesa da concorrência efetiva-se através de legislações infraconstitucionais e tem seu marco inicial no ano de 1962, quando fora editada a Lei 4.137, inspirada no Projeto de Lei 122, de 1948, cuja autoria credita-se ao deputado Agamenon Magalhães. Notadamente, tendo esta Lei, em seu art. 8º,



criado o CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica - encarregado da apuração e repressão ao abuso de poder econômico.

Observa-se, contudo, que neste período ainda não existia uma definição patente acerca de atos de concentração, sendo estes compreendidos através de seus efeitos, resultantes no abuso de poder econômico, conforme esclarece-se:

[...] cumpre esclarecer que, num primeiro momento, a promulgação de uma lei de repressão ao abuso de poder econômico tinha o escopo de apenas limitar os efeitos autodestrutíveis do próprio mercado, preservando-o. E também constante a referência à proteção ao consumidor, ou melhor, aos prejuízos que são impostos à população em decorrência do abuso de poder econômico e que deveriam ser neutralizados pela promulgação de uma lei antitruste. (FORGIONI, 2013, p. 109)

Todavia, o ordenamento jurídico brasileiro somente apresentou expressa definição acerca do que seriam atos de concentração com o advento da Lei 8.884/94. Na vigência desta lei, eram considerados atos de concentração aqueles que, “sob qualquer forma manifestados, pudessem limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços”, conforme consta em seu artigo 54.

Entrementes, observa-se que a lei 8884/94 não apresentava clareza na definição dos atos de concentração, na medida em que não discorria sobre o conceito de mercado relevante, inobstante este dever ser compreendido de acordo com o contexto em que estivesse inserido. De outra feita, não apresentava objetividade acerca de como se dariam os atos capazes de eliminar ou prejudicar a livre concorrência. Assim não demonstrava os critérios essenciais para que se operasse a atuação do Cade na reprimenda destas condutas.

Ademais, se discutia se deveria ser preenchido tão somente um dos requisitos ou os dois simultaneamente, conforme assevera Cordovil [et. al.]

Houve quem defendesse a não obrigatoriedade de submissão de negócios jurídicos, ainda que preenchido ao menos um dos critérios de submissão do Cade, por não ser, segundo a avaliação das partes, tal ato capaz de gerar efeitos negativos à concorrência. Afirmava-se tratar de um ato ‘pró-competitivo’ e, portanto a análise do Cade seria desnecessária. (CORDOVIL, et al, 2011, p. 202).



Destarte, em 30 de novembro de 2011, fora editada a Lei 12.529/2011 que, dentre outras feitas, buscou eliminar essa obscuridade e trazer maior segurança jurídica à análise dos atos de concentração, redefinindo os atos de concentração passíveis de serem analisados pelo Cade, na medida em que, categoricamente, afirma em seu artigo 90, como se operaram tais atos. *In verbis*:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes. (BRASIL, República Federativa. Lei 12.529, 2011)

Assim, constata-se facilmente maior clareza do que seriam os atos de concentração, sujeitos à análise do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), pois “a lei identifica quatro hipóteses: fusão (inciso I), aquisição de controle por diversas formas (inciso II), incorporação (inciso III) e formação de *joint venture*, consórcio ou associação (inciso IV)”. (SALOMÃO FILHO, 2013, p.321)

O inciso I refere-se a operações de fusão de empresas, verificada quando duas empresas anteriormente independentes se fundem “para formar uma sociedade nova, que lhes sucederá em direitos e obrigações”, conforme os termos do art. 228 da Lei 6.604, de 1976, também conhecida como “Lei das Sociedades Anônimas”.

O inciso II, por sua vez, trata de aquisição direta ou indireta, de participações societárias ou de ativos de terceiros, tangíveis ou intangíveis, sendo estes:

Operações mediante as quais uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma empresa. Incluem-se, portanto, nos atos de concentração a aquisição de: controle direto ou indireto de empresas;



participações minoritárias; de direitos de propriedade industrial, tais como patentes, *know how*, desenhos industriais, etc.; ativos físicos, tais como maquinários. (FORGIONI, 2013, p. 398).

A incorporação de empresas está prevista no inciso III, sendo que tal ato de concentração é definido pela Lei 6.604 de 1976, em seu art. 227 como “a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”, ou seja, se uma empresa incorpora outra, a empresa que foi incorporada deixa de existir e transfere todos seus ativos, direitos e obrigações para a empresa incorporadora.

O inciso IV do artigo 90 da Lei 12.529/2011, por sua vez, trata de consórcios, celebração de contratos associativos ou *joint ventures* como atos de concentração empresarial. O consórcio de empresas corresponde a um acordo empresarial entre duas ou mais empresas, mediante o qual cada uma delas, dotada de personalidade jurídica própria, se compromete às obrigações previstas no contrato, para a realização de um novo negócio jurídico, sendo seus requisitos formais expressos nos arts. 278 e 279 da Lei 6.604 (Lei das Sociedades Anônimas). Destaca-se, todavia, que os contratos associativos ou *joint ventures* distinguem-se dos consórcios, na medida em que não apresentam os requisitos formais de um contrato aos moldes dos arts. 278 e 279 da Lei 6.604/76, desta sorte, as empresas também associam-se para realizar determinado empreendimento empresarial, não perdendo, contudo, a autonomia dos centros decisórios.

Existe, ainda, uma distinção doutrinária acerca dos atos de concentração, que os classifica em **horizontais**, **verticais** ou **conglomerados**, sendo o critério de distinção a atuação das empresas em mercados relevantes.

Por concentração horizontal entende-se a “estruturação de mercado que envolve agentes econômicos distintos e competidores entre si, que ofertam o mesmo produto ou serviço em um determinado mercado relevante” (FIGUEIREDO, 2013. p. 289). Já concentração vertical compreende os atos de concentração “realizados entre agente econômicos situados em níveis distintos de uma mesma cadeia industrial” (GABAN; DOMINGUES, 2012, p. 119). Conglomeração, por sua vez, trata-se de um ato de concentração que envolve agentes econômicos diversos, que



ofertam produtos ou serviços distintos que podem ou não ser complementares entre si, mas que, certamente, não fazem parte da mesma cadeia produtiva.

Contudo, esta divisão dá-se somente em razão metodológica, não obstante serem as concentrações verticais mais numerosas, como bem observa Pedro Dutra:

A distinção de concentração do poder econômico em horizontal, vertical e conglomerado serve antes a propósitos metodológicos; esses são os planos sobre os quais os efeitos da concentração do poder econômico se projetam, no âmbito do mercado concorrencial. Historicamente varia o número dessas formas de projeção dos efeitos e, conseqüentemente, a análise delas e as respectivas posições doutrinárias; é certo, contudo, que a forma horizontal se apresenta, sempre, em número superior as demais. (DUTRA, 1999, p. 12).

Apesar da dúplici classificação, legal e doutrinária, percebe-se que estas devem ser analisadas conjuntamente, na medida em que se fazem complementarias e, embora não extensivas, compreendem grande número de possibilidades possíveis de serem evidenciadas em concreto.

Inobstante as diversas formas de concentração, a Lei 12.529/2011 inova também ao trazer critérios quantitativos para a atuação do Cade em concretos, conforme constata-se:

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:  
I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e  
II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Assim, esta nova lei estabeleceu índices de jurisdição mais objetivos, uma vez que excluiu o critério de participação mínima do mercado relevante, dado que a Lei 8884/94 previa que os atos de concentração para serem apreciados deveriam resultar em participação mínima de 20% do mercado relevante, e incluiu requisito fulcrado no faturamento. Neste diapasão assevera Cordovil [et. al.]:



Ao excluir o critério de participação de mercado, o legislador eliminou um foco de insegurança jurídica presente na Lei 8.884/1994. Identificar o mercado relevante e calcular a respectiva participação do(s) agente(s) econômico(s) em tal mercado envolve questão complexa, muitas vezes de difícil superação. (CORDOVIL, et. al., 2011, p. 197).

Destarte, buscou-se, com a edição desta nova lei antitruste, reduzir o número de negócios jurídicos de dimensões insignificantes à análise do Cade, buscando, portanto, maior celeridade processual aos atos de concentração a serem julgados por este órgão<sup>5</sup>.

Importante ressaltar também que a mais recente legislação antitruste não exclui os critérios de participação no mercado relevante, pois bem estabelece o art. 88, § 5º: “Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo”.

Em verdade, impõe destacar que a Lei 12.529/2011 buscou tutelar as concentrações econômicas a partir de seus efeitos no mercado, uma vez que, não necessariamente as empresas participantes do negócio jurídico deverão atender aos critérios de faturamento, porém poderão ter efeitos nocivos à concorrência. Destarte, cuidou em não adotar critérios percentuais da participação, tal qual a legislação anterior, pois este consistiria em outro meio limitador da jurisdição do Cade. Deste modo, o legislador atribuiu amplo poder discricionário de atuação para o Cade, desde que, observados os critérios finalísticos de defesa da livre concorrência e, conseqüentemente, da livre iniciativa, além do princípio da motivação, que deve permear todos os atos administrativos.

De outra feita, o § 6º do dispositivo supracitado, concede poder ao Cade para autorizar os atos de concentração que possam resultar, cumulada ou alternativamente em: a) aumento da produtividade ou a competitividade; b) melhora da qualidade de bens ou serviços; ou c) propício da eficiência e do desenvolvimento

<sup>5</sup> Acerca dos novos índices de jurisdição adotados, se faz imperioso esclarecer: (i) requisito de faturamento anual refere-se àquele obtido por quaisquer dos grupos econômicos participantes do negócio jurídico; (ii) este faturamento refere-se ao ano anterior à operação em questão.



tecnológico ou econômico; e sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

Assim, a nova lei antitruste deixa patente que nem todos os atos de concentração serão nocivos à livre concorrência. Assim, poderá o Cade, em detrimento aos requisitos supramencionados permitir certas condutas concentracionais que pudessem, em princípio, pelos requisitos do art. 88, *caput*, terem sido considerados como nocivos. Todavia, se fazendo necessária a comprovação dos benefícios do § 6º, pois, do contrário, se estaria, contrariamente, prejudicando a livre concorrência.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988, ao adotar a livre iniciativa e a livre concorrência como princípios fundamentais da ordem econômica, não apresenta os meios destinados para a consecução de tais preceitos. Neste sentido, coube ao Estado adotar políticas intervencionistas, que não afastassem do capitalismo, mas que objetivassem seu desenvolvimento.

Desta feita, ao Estado pátrio coube o dever de editar normas antitruste, capazes de coibir as condutas passíveis de resultarem em abuso de poder por parte dos sujeitos da atividade econômica, notadamente, as empresas.

A Lei 12.529/2011 trata-se do mais novo ordenamento jurídico destinado à tutela da livre iniciativa e livre concorrência, sucedendo, pois a Lei 8.884/1994. Sem dúvidas, a Nova Lei de Defesa da Concorrência, inova ao adotar critérios mais objetivos na definição dos atos de concentração, através da distinção das condutas, bem como através do estabelecimento de índices jurídicos que, via de regra, são essenciais para que sejam tais condutas apreciadas pelo Cade, sendo tal controle prévio, diferentemente, portanto, daquele anteriormente realizado.

Ao adotar mudanças, a Lei 12.529/2011, no que tange à definição dos atos de concentração sujeitos à apreciação do Cade, buscou-se não somente a maior celeridade processual, mas também a maior efetivação da tutela da livre concorrência e da livre iniciativa.



Percebe-se, portanto, que na busca incansável pelo livre mercado, o Estado brasileiro deu mais um passo, pois eliminou o dever de controle de condutas por diverso irrelevantes, bem como reduzindo o número de ações que tramitam perante o Cade. Assim, embora ainda imperfeito, percebe-se que o Estado pátrio tem evoluído, ao permitir maior possibilidade de desenvolvimento empresarial sem sujeição à análise do Cade sem, contudo, excluir a atuação deste órgão.

Assim, respondendo ao inicialmente proposto, acerca da relevância da nova definição dos atos de concentração para a defesa e promoção da livre iniciativa e livre concorrência, atesta-se que esta importância reside na medida em que propicia maior eficiência para a atuação processual do Cade, nos processos envolvendo concentrações de empresas, uma vez que reduzem-se as discussões acerca da legalidade ou não dos atos concentracionistas, em razão da maior objetividade de índices jurídicos e definição de condutas típicas, perante as quais se evidenciam os atos de concentração.

Notadamente, esta nova definição jurídica dos atos de concentração traz também maior segurança aos sujeitos da atividade econômica, pois, a adoção de critérios mais objetivos de análise pelo Cade, lhes permite desenvolverem suas atividades econômicas com maior segurança jurídica, permitindo-lhes previamente estarem cientes da medida de atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, do qual o Cade faz parte, na análise dos seus atos, não obstante não estarem isentos de quaisquer fiscalizações do Cade ou de qualquer outro órgão do SBDC, na medida de suas competências.

## REFERÊNCIAS

- AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**. São Paulo: Atlas, 2009.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BANDEIRA, Moniz. **Cartéis e desnacionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.
- BARBIERI FILHO, Carlos. **Disciplina jurídica da concorrência**. São Paulo: resenha tributária, 1984.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito econômico brasileiro**. São Paulo: IBDC, 1998.
- BOMFIM, Diego. **Tributação e livre concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL, Constituição do Império (1824). Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1824.



- BRASIL, Constituição (1889) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1889.
- BRASIL, Constituição (1937) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1937.
- BRASIL, Constituição (1967) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1967.
- BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL, República Federativa. **Decreto Lei 12.529**. Diário Oficial da União, 30 de novembro de 2011, Brasília: DF.
- CARVALHO, Nuno T. P. **Concentrações de Empresas do Direito Antitruste**. São Paulo: Resenha Tributária, 1995.
- CORDOVIL, Leonor, CARVALHO, Vinícius Marques de, BAGNOLI, Vicente, ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DERANI, Cristiane. **Atividades do Estado na produção econômica: interesse coletivo, serviço público e privatização**. Tese de livre-docência, São Paulo: Universidade de São Paulo, 2000.
- DUTRA, Pedro. **A Concentração do Poder Econômico: jurisprudência anotada**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A economia e o controle do Estado. **Jornal O Estado de São Paulo**, edição de 04 de julho de 1989.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Lei de proteção da concorrência: comentário à lei antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antritruste**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- GABAN, Eduardo Molan, DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle de concentração de empresa**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da Concorrência: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Jus Podium, 2008.
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.
- TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.