

O Sistema Jurídico-Constitucional e a Relevância do Princípio da Livre Concorrência para o Mercado Econômico

M. A. PAGANELLA¹

¹Mestre em Ciências da Saúde Políticas Públicas e Saúde Materno-Infantil pela Faculdade de Medicina da UNISA – Universidade de Santo Amaro/São Paulo/SP. Bacharel e Advogado formado pela UNISA – Universidade de Santo Amaro/São Paulo/SP e Advogado Especialista em Direito Constitucional e em Direito Tributário pelo Centro de Extensão Universitária/CEU e Instituto Internacional de Ciências Sociais/IICS/SP. Professor do Curso de Educação Física, Área da Saúde. Centro Universitário Ítalo-Brasileiro – UníItalo, São Paulo – SP, Brasil. Professor do Curso de Direito/Ciências Jurídicas (Direito Constitucional, Teoria do Estado, Ciência Política, História do Direito e do Pensamento Jurídico), Universidade de Santo Amaro UNISA, São Paulo-SP, Brasil.

E-mail marco.paganella@prof.italo.br
E-mail: marcoapaganella@globo.com

COMO FAZER A REFERÊNCIA DO ARTIGO:

PAGANELLA, M. A. O Sistema Jurídico-Constitucional e a Relevância do Princípio da Livre Concorrência para o Mercado Econômico. **UníItalo em Pesquisa**. URL: www.italo.com.br/portal/cepesq/revista_eletronica.html. São Paulo SP, v.5, n.2, p. 479- 503, julho/2015.

RESUMO

Esta pesquisa, desenvolvida por meio de revisão bibliográfica e análise dos documentos legislativos relacionados ao seu objeto, versa sobre o Sistema Jurídico-Constitucional e a Relevância do Princípio da Livre Concorrência para o Mercado Econômico. Os objetivos são analisar as consequências para o mercado da explícita previsão do princípio da livre concorrência na Constituição Federal de 1988 em seu Art. 173 §4º. Como resultado, o estudo demonstra a presença do sistema dual ou misto, ou seja, de um lado há um o Estado com Instituições responsáveis pela fiscalização, estímulo, fomento, regulação, estudos e pesquisas econômicas (Setor Público), e de outro está o Mercado (Setor Privado), que deve ser livre para iniciar, trabalhar, concorrer e disputar o mercado de modo leal, sem atos de concentração e sempre de acordo com os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa. Conforme denotam as diretrizes principiológicas fixadas pelas Leis em vigência no Brasil, pelo menos até 2014, os veículos legislativos encontrados, em especial a Lei nº 12.529/11, têm por escopo a busca incessante pelo que é de melhor para a Economia e, por extensão, para a Sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: constituição e princípio da livre concorrência - sistema dual ou misto - regulação do estado e livre iniciativa do setor privado - estudos e fiscalização.

ABSTRACT

This research, developed through bibliographic review and analysis of legislative documents related to its subject, is about the legal system and the relevance of the principle of free competition for economic market. The objectives are to analyze the consequences for the market of the explicit provision of the principle of free competition in the 1988 Federal Constitution in article 173 §4º. As a result the study demonstrates the presence dual or mixed system, that is, the Government has Institutions responsible for supervision, encouragement, promotion, regulation, economic studies and research (Public Sector) and there is the Market (Private Sector) which should be free to start, work, dispute and compete in the market in fair way, without mergers and always in accordance with the principles laid down by the laws in effect in Brazil at least until 2014, legislative means found, specially Law nº 12.529/11, the law's principles aim of the constant search for what is best for the economy and for society.

Keywords: constitution and the principle of free competition - dual or mixed system - government regulation and free enterprise of the private sector - studies, supervision and inspection.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo, que se desenvolve por intermédio de uma revisão da bibliografia ligada ao tema, e por meio de uma análise dos documentos legislativos relacionados ao assunto/objeto/objetivo da pesquisa, consiste na busca em responder as seguintes questões: Quais são as consequências para o mercado da explícita previsão constitucional do princípio de livre concorrência (Constituição Federal de 1988 - CF/88, Art. 173, §4º)? Há no direito positivo alguma lei ordinária que disciplina especialmente a matéria? Em caso afirmativo, quais seriam as suas diretrizes básicas?

O que justifica esta pesquisa é o interesse pelo assunto aliado à importância que a Economia tem nos rumos de um País melhor e bem-sucedido. É notório a todos que é praticamente impossível prover-se e obter-se algo sem um mínimo de recursos financeiros, algo que é evidenciado pela própria Constituição Federal do Brasil de 1988, que é a principal Lei do Estado brasileiro (BRASIL, SENADO FEDERAL, 1988).

Neste sentido, tem-se, pois, como objetivos deste estudo analisar e avaliar as consequências para o mercado da explícita previsão do princípio da livre concorrência na Constituição Federal de 1988 (CF/88) em seu Art. 173 §4º, bem como encontrar e identificar no direito positivo brasileiro alguma Lei Ordinária que disciplina especialmente a matéria, além de, em caso afirmativo, descrever e demonstrar quais seriam as suas diretrizes básicas e elementares.

De antemão, foi possível identificar alguns veículos legislativos ordinárias disciplinando a matéria em complemento à determinação

constitucional retro registrada (Art. 173 §4º da CF/88), entre eles, foi encontrada a Lei nº 12.529/11, que substitui a Lei nº 8.884/94, e, pelo menos no papel, é benéfica para a economia, para a livre iniciativa e para a livre concorrência.

Juridicamente pode-se, antecipadamente afirmar que há um acervo legislativo relativamente bom a proteger o mercado econômico, a livre concorrência e a livre iniciativa.

O CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, pela Lei nº 12.529/11, é constituído por um Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, por uma Superintendência-Geral e por um Departamento de Estudos Econômicos, todos estes órgãos com suas respectivas atribuições em bom número enumeradas na Lei em tela.

Destarte, pode-se, pois, dizer com segurança, que o arcabouço legislativo vigente até 2014 merece um certo reconhecimento, eis que volta a sua atenção para dois fatores de inegável relevância, quais sejam, a fiscalização e o estudo, conforme demonstra esta pesquisa, a respeito da qual resta agora ostensivo convite para atenta e minuciosa leitura e reflexão.

2 DESENVOLVIMENTO/REVISÃO DE LITERATURA

As questões que se apresentam neste estudo se referem em saber quais são as consequências para o mercado da explícita previsão do princípio da livre concorrência na Constituição Federal de 1988 (CF/88) em seu Art. 173 §4º, bem como encontrar e identificar no direito

positivo brasileiro alguma Lei Ordinária que disciplina especialmente a matéria, além de, em caso afirmativo, descrever e demonstrar quais seriam as suas diretrizes básicas e elementares.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 é o alicerce e é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico pátrio. Seus comandos normativos supremos fixam todas as diretrizes que o direito infraconstitucional deve seguir e determina de forma direta e indireta a organização do Estado e da sociedade brasileiros (BRASIL, SENADO FEDERAL, 1988).

O Direito Constitucional, como afirma Moraes (2013, p. 53), "é um ramo do Direito Público, destacado por ser fundamental à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases de estrutura política."

Segundo Silva (2013, p. 185),

o Direito Constitucional, como o mais fundamental dos Direitos Públicos, de ordem interna, enfeixa todos os princípios jurídicos, indispensáveis à organização do próprio Estado, à constituição de seu governo, dos poderes públicos, à declaração de direitos das pessoas, quer físicas, quer jurídicas, traçando assim os limites de ação do Estado, na defesa de seus precípuos objetivos e na defesa dos interesses da coletividade que o compõe. Firma, assim, todos os princípios de ordem política e de ordem geral, seja em relação aos indivíduos, que compõem a comunidade política, seja em relação a todas as instituições políticas em que se baseia a sua própria organização, como entidade política e soberana.

Princípios, ainda conforme salienta Silva (2013, p. 573), são

as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como sustentáculo de alguma coisa. Revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de

norma a toda espécie de ação jurídica, traçando assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Deste modo exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas. Sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito.

Do alto de sua cátedra, outro Silva (2013, p. 98) leciona que o Direito Constitucional Geral "é aquela disciplina que delinea uma série de princípios, de conceitos e de instituições que se acham em vários direitos positivos ou em grupos deles para classificá-los e sistematizá-los numa visão unitária", também anotando na mesma toada que

o Direito Constitucional Positivo é aquele que estuda os princípios e as normas de uma Constituição que existe de fato num Estado qualquer; engloba a verificação, a análise, a interpretação e a sistematização das normas jurídico-constitucionais do Estado em questão, de acordo como estão dispostas e configuradas na Carta em vigência e conforme a sua ligação e o seu nexos com a realidade sociocultural existente.

No tocante às prescrições normativas expressas na Constituição Federal de 1988, vale afirmar que, de acordo com o Direito Constitucional Positivo retro mencionado, chama a atenção o Art. 24, Inciso I, o qual determina que: "Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar, concorrentemente, sobre: direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico." (BRASIL, SENADO FEDERAL, 1988).

É de boa nota registrar que as preocupações econômicas (e que culminaram com a previsão e a criação de um novo ramo do direito, qual seja, o próprio Direito Econômico evidenciado nesta digressão e no próprio Texto Constitucional) ingressaram de maneira explícita nos

textos constitucionais com a Constituição mexicana de 1917, surpreendentemente, com bastante detalhes e com notórios e inegáveis méritos para Emiliano Zapata e para Pancho Villa, paladinos da justiça, assim considerados pelo povo do simpático país da América Central, no começo do Séc. XX (BASTOS, 2002).

Todavia, como explica o mesmo Bastos (2002), a respeito do aludido Direito Econômico, maior repercussão e impacto alcançaria a Constituição alemã, a Constituição de Weimar, até por uma questão de maior prestígio perante a comunidade internacional, promulgada em 11 de agosto de 1919, isto porque tornou-se célebre o capítulo que versa sobre a Vida Econômica, paulatinamente imitado, embora com conteúdos diversos, por outros Documentos Constitucionais que lhe seguiram o exemplo em vários Estado/países do mundo, o Brasil, inclusive, como já trazido à colação.

Neste diapasão, destarte, pode-se conceituar o Direito Econômico, sintética e resumidamente, com base nos apontamentos de Guimarães (1998, p. 75), como o "conjunto de normas que protegem as relações jurídicas resultantes da produção, circulação, distribuição e consumo das riquezas."

Assim sendo, a Constituição Federal do Brasil de 1988 consagra, no Título VII – Da Ordem Econômica, em seu Capítulo I, os princípios gerais da atividade econômica, entre os quais ressalta, inserido no Inciso IV, do Art. 170, **o princípio da livre concorrência**. E o §4º, do Art. 173, da mesma CF/88 estipula 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.**" (BRASIL, SENADO FEDERAL, 1988) (grifos nossos).

Destarte, uma vez observada a notória e conhecida regra hermenêutico-interpretativa segundo a qual norma expressa prevalece sobre a norma implícita (BARROSO, 1996), **força é convir que a livre concorrência trata-se de um postulado que exclui qualquer outro**, exceto nas situações predeterminadas pela própria Carta Magna, como é o caso do petróleo e dos minerais nucleares e radioativos, como prevê o Art. 177 CF/88 (BRASIL, SENADO FEDERAL, 1988).

Assim, em face ao que determina o supra anotado §4º, do Art. 173, da CF/88, a legislação infraconstitucional deve não apenas reprimir o abuso do poder econômico que vise à eliminação da concorrência, como, o que é a melhor constatação, **deve sobremaneira estimular a livre concorrência**, até porque, como determina o Art. 174, do Texto Magno de 1988, "**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.**" (BRASIL, SENADO FEDERAL, 1988) (grifos nossos).

Sobre este princípio, Silva (2013, p. 213) argumenta que

a livre concorrência está configurada no art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. Ele é uma manifestação da liberdade de iniciativa e, para garanti-la, a Constituição estatui que a lei reprimirá o abuso de 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.

Com base nestes assertos, é possível, pois, asseverar que a livre concorrência é um dos alicerces da estrutura liberal da economia e tem muito que ver com a livre iniciativa, é dizer, só pode existir a livre concorrência onde há livre iniciativa.

Melhor dizendo, é certo que a livre concorrência é algo que se agrega à livre iniciativa e que consiste na situação em que se encontram os diversos agentes produtores dispostos e em franca e clara concorrência com seus rivais (BASTOS, 2002).

À evidência, então, pode-se afirmar que o mercado não está adstrito à chamada mão invisível aduzida por Adam Smith no Séc. XIX (BASTOS, 2002).

Ou seja, o mercado tem livre iniciativa para buscar o melhor nicho, a melhor oportunidade ou a opção que melhor lhe aprouver no sentido da produção de riquezas, mas, cinge-se ao respeito à livre concorrência, isto é, não há mais a denominada reserva de mercado (exceto no caso das hipóteses aqui já colacionadas quanto ao monopólio do petróleo e radioativos) tão comum antes de 1988, especialmente quanto à indústria automobilística e à informática, sem exclusão de outras áreas.

Qualquer indício, possibilidade ou tentativa de eliminação da concorrência, inclusive as veladas, devem ser, por força do §4º, do Art. 173 c/c com o 170, IV, da CF/88, coibidos com firmeza pelo Poder Público.

Com o fito de complementar os comandos constitucionais em comento e até por expressa solicitação da própria Constituição (Art. 174, do Texto Magno de 1988: "**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."), surgiu a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, posteriormente revogada e substituída pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, a qual estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e 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 (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1994 e 2011).

Paralelamente, há outras ligadas ao assunto em tela, tais como a Lei nº 8.137/90, que tipifica os "Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo"; a Lei nº 8.176/91, que determina quais são os "Crimes contra a ordem econômica e cria o sistema de estoques de combustíveis", bem como a própria Lei nº 9.069/95, a qual cria o "Plano Real" (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1990, 1991 e 1995).

Destes Diplomas Legais emergem diversas diretrizes, restado as básicas e as essenciais destacadas neste texto no intuito de se promover uma eloquente descrição acerca das suas principais características.

O Art. 1º da Lei nº 12.529/11 prescreve que a finalidade da Lei é estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, dispondo 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, sendo esta,

pois, uma das principais linhas mestras a evidenciar (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011).

Os Arts. 3º, 4º e 5º da Lei nº 12.529/11 estabelecem que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência/SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica/CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico/SAE do Ministério da Fazenda/MF, sendo que o CADE é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e sendo constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral, e pelo Departamento de Estudos Econômicos (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011).

O Art. 9º da Lei nº 12.529/11 versa sobre a competência do Plenário do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica do CADE, sendo suas atribuições (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011):

- I - zelar pela observância desta Lei e seu regulamento e do regimento interno;
- II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;
- III - decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral;
- IV - ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar;
- V - aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento;
- VI - apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral;
- VII - intimar os interessados de suas decisões;
- VIII - requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;

- IX - contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta Lei;
- X - apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma desta Lei, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração;
- XI - determinar à Superintendência-Geral que adote as medidas administrativas necessárias à execução e fiel cumprimento de suas decisões;
- XII - requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal;
- XIII - requerer à Procuradoria Federal junto ao Cade a adoção de providências administrativas e judiciais;
- XIV - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica;
- XV - elaborar e aprovar regimento interno do Cade, dispondo sobre seu funcionamento, forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos;
- XVI - propor a estrutura do quadro de pessoal do Cade, observado o disposto no inciso II do caput do art. 37 da Constituição Federal;
- XVII - elaborar proposta orçamentária nos termos desta Lei;
- XVIII - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; e
- XIX - decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos.

É notório, pois, que a presença deste Tribunal, que também pode responder a consultas sobre condutas em andamento, confere uma certa credibilidade ao sistema de defesa da concorrência, sobretudo, pelo zelo e cuidado no trato a que se propõe em face ao Princípio da Legalidade.

Neste mesmo diapasão, o Art. 13 da Lei nº 12.529/11 determina que compete à Superintendência-Geral do CADE (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011):

- I - zelar pelo cumprimento desta Lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado;

II - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso;

III - promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

IV - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório;

V - instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica;

VI - no interesse da instrução dos tipos processuais referidos nesta Lei:

a) requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções;

b) requisitar esclarecimentos orais de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, na forma desta Lei;

c) realizar inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, de estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos eletrônicos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos;

d) requerer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal junto ao Cade, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros

comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal;

e) requisitar vista e cópia de documentos e objetos constantes de inquéritos e processos administrativos instaurados por órgãos ou entidades da administração pública federal;

f) requerer vista e cópia de inquéritos policiais, ações judiciais de quaisquer natureza, bem como de inquéritos e processos administrativos instaurados por outros entes da federação, devendo o Conselho observar as mesmas restrições de sigilo eventualmente estabelecidas nos procedimentos de origem;

VII - recorrer de ofício ao Tribunal quando decidir pelo arquivamento de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica;

VIII - remeter ao Tribunal, para julgamento, os processos administrativos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica;

IX - propor termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica, submetendo-o à aprovação do Tribunal, e fiscalizar o seu cumprimento;

X - sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento;

XI - adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento;

XII - receber, instruir e aprovar ou impugnar perante o Tribunal os processos administrativos para análise de ato de concentração econômica;

XIII - orientar os órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;

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

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

XVI - exercer outras atribuições previstas em lei;

XVII - prestar ao Poder Judiciário, sempre que solicitado, todas as informações sobre andamento das investigações, podendo, inclusive, fornecer cópias dos autos para instruir ações judiciais; e

XVIII - adotar as medidas administrativas necessárias à execução e ao cumprimento das decisões do Plenário.

O CADE, nos termos do Art. 17 da Lei nº 12.529/11, terá um Departamento de Estudos Econômicos, dirigido por um Economista-Chefe, a quem incumbe elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011).

Na esteira, no Art. 19 da mesma Lei em destaque, está previsto que a Secretaria de Acompanhamento Econômico deverá promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade, de forma que lhe cabe, em especial, o seguinte (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011):

I - opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas;

II - opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou

privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

III - opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

IV - elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo;

V - elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento;

VI - propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País;

VII - manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos;

VIII - encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo.

§1º Para o cumprimento de suas atribuições, a Secretaria de Acompanhamento Econômico poderá:

I - requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso;

II - celebrar acordos e convênios com órgãos ou entidades públicas ou privadas, federais, estaduais, municipais, do Distrito Federal e dos Territórios para avaliar e/ou sugerir medidas relacionadas à promoção da concorrência.

§2º A Secretaria de Acompanhamento Econômico divulgará anualmente relatório de suas ações voltadas para a promoção da concorrência.

Da leitura de todas as competências e atribuições ligadas ao Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, à Superintendência-Geral e ao Departamento de Estudos Econômicos, como consequência, resta clara a intenção do legislador em proteger a todo custo e por todos os meios possíveis o princípio da livre concorrência assegurado pela Constituição Federal de 1988, eis que em menos de 2 décadas tratou de aprimorar o sistema por meio de Leis Ordinárias, desde a 8.884/94 até a 12.529/11, não deixando em nenhum momento no direito positivo um vácuo no sentido da disciplina da matéria e que estabelecesse as suas diretrizes básicas.

As fusões, aquisições, incorporações e *joint ventures*, como típicos atos de concentração, não são, em si, atos que configuram práticas abusivas, mas, que, no entanto, dependendo de como são conduzidos e/ou produzidos, assim poderão ser considerados. Logo, prevendo a lei tal possibilidade e instituindo mecanismos e/ou instrumentos que coíbam as práticas tipificadas como danosas à economia, então é lógico concluir que estas são disposições relevantes que devem ser trazidas à baila como corolário deste estudo (BASTOS, 2002).

O Art. 88 da Lei nº 12.529/11 anota que devem ser submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011):

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).

§1º Os valores mencionados nos incisos I e II do caput deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça.

§2º O controle dos atos de concentração de que trata o *caput* deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

§3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

§4º Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no §3º deste artigo.

§5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.

§6º Os atos a que se refere o §5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

§7º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.

§8º As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados ao Cade pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM e pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, respectivamente, no prazo de 5 (cinco) dias úteis para, se for o caso, ser examinados.

§9º O prazo mencionado no §2º deste artigo somente poderá ser dilatado:

I - por até 60 (sessenta) dias, improrrogáveis, mediante requisição das partes envolvidas na operação; ou

II - por até 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificados as razões para a extensão, o prazo da prorrogação, que será não renovável, e as providências cuja realização seja necessária para o julgamento do processo.

Por fim, o Art. 90 da Lei nº 12.529/11 prescreve que, para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011):

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.

Diante de tudo o que foi exposto, resta nítido que, hodiernamente, prevalece o chamado sistema dual ou misto, o que significa dizer que, se de um lado está o mercado (setor privado), livre para 'iniciar' e para concorrer, de outro está um centro decisório (Poder Público), uma autoridade política responsável pela elaboração jurídica, econômica e de instituições capazes de fazer valer os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, sem exclusão de outros, buscando sempre colocar em prática em prol e em benefícios da Sociedade, justamente, as diretrizes principiológicas fixadas pelas leis constitucionais e infraconstitucionais.

Como consectário e como corolário de todo o estudo, é certo que, no que se refere às consequências para o mercado da explícita previsão constitucional do princípio de livre concorrência em seu Art. 173, §4º, é certo que, pelo menos juridicamente falando, a livre concorrência e a livre iniciativa são e estão preservadas e protegidas, até porque, como demonstrado, há no direito positivo uma Lei Ordinária que disciplina especialmente a matéria, qual seja a Lei nº 12.529/11, a respeito e acerca da qual foram selecionados e apresentados os conceitos, princípios e diretrizes básicas, elementares, relevantes e significativas.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acerca das indagações no sentido de saber quais são as consequências para o mercado da explícita previsão constitucional do princípio de livre concorrência expresso na Constituição Federal de 1988 por meio do Art. 173, §4º, de saber se há Lei Ordinária que disciplina a matéria, e quais seriam as suas diretrizes básicas, é certo que essa expressa determinação constitucional c/c com a presença da Lei nº 12.529/11, que substitui a Lei nº 8.884/94, são benéficas, pelo menos no papel, para a economia como um todo e também para o princípio da livre iniciativa, intimamente ligado ao da livre concorrência.

Juridicamente, pode-se, pois, afirmar que há um acervo jurídico-legislativo relativamente bom contemplando, preservando e protegendo o mercado econômico no que tange à livre concorrência c/c livre iniciativa.

Restaria ver na prática se os atos de concentração estão sendo coibidos, ou não, algo que fica para um outro estudo.

Pode-se dizer, também, que o arcabouço legislativo vigente até 2014 merece um certo reconhecimento, eis que flagrante e categoricamente volta a sua atenção para dois fatores de inegável relevância, quais sejam, a fiscalização e o estudo.

É que o CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, nos termos da Lei nº 12.529/11, é constituído por um Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, por uma Superintendência-Geral e por um Departamento de Estudos Econômicos, todos com suas respectivas tarefas e atribuições elencadas no texto da Lei em bom número, e isto é bom, pelo menos, vale repetir, no papel, restando ver na prática como andam as coisas.

Ao fim da pesquisa, ficou nitidamente perceptível a presença do chamado sistema dual ou misto, ou seja, de um lado há um centro decisório, um Estado, um Poder Público, Autoridade Política e Instituições responsáveis pelo acompanhamento, fiscalização, estímulo, fomento, regulação, estudos e pesquisas econômicas (Setor Público), e de outro o mercado (Setor Privado), livre para iniciar, trabalhar, concorrer e disputar o mercado de modo leal, sem atos de concentração e, vale repetir, de acordo com os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, deixando-se registrada a relevância para que trabalhem juntos e associados, e não como inimigos e adversários, algo que só traria prejuízo a toda a sociedade.

Com isto, deve-se reiterar que a busca de ambos os lados seja sempre pelo que é melhor para a Sociedade, que é o que, justamente, denotam as diretrizes gerais e principiológicas fixadas pelas leis constitucionais e infraconstitucionais em vigência no Brasil, pelo menos até 2014, algo que se espera que continuem e que melhore ainda mais, vale frisar, pelo menos no papel e no texto jurídico.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, C. R. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BRASIL. Constituição: **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Leis Ordinárias: **Lei Federal nº 8.137/90**. Brasília: Presidência da República, 1990.

BRASIL. Leis Ordinárias: **Lei Federal nº 8.176/91**. Brasília: Presidência da República, 1991.

BRASIL. Leis Ordinárias: **Lei Federal nº 8.884/94**. Brasília: Presidência da República, 1994.

BRASIL. Leis Ordinárias: **Lei Federal nº 9.069/95**. Brasília: Presidência da República, 1995.

BRASIL. Leis Ordinárias: **Lei Federal nº 12.529/11**. Brasília: Presidência da República, 2011.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, De P. e. **Vocabulário Jurídico**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

TORRIERI, D. **Dicionário Técnico Jurídico**. São Paulo: Rideel, 1998.