

**PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E A EFETIVAÇÃO  
DA LIVRE CONCORRÊNCIA POR MEIO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE  
DEFESA ECONÔMICA**

*PRINCIPLES OF THE CONSTITUTIONAL ECONOMIC ORDER AND THE  
EFFECTIVENESS OF FREE COMPETITION THROUGH THE ADMINISTRATIVE  
COUNCIL FOR ECONOMIC DEFENSE*

**Erick Alan de Lima\***  
**Tuany Baron de Vargas\*\***

**RESUMO:** O presente trabalho analisa a Ordem Econômica e Financeira estabelecida Constitucionalmente e os princípios que norteiam, de modo geral, o seu funcionamento. Os princípios serão relacionados com as demais diretrizes e objetivos encontrados no texto constitucional, evidenciando a unidade lógica existente na Constituição, que proporciona o desenvolvimento econômico voltado à persecução da justiça social. Enfoque deste trabalho, o princípio da livre concorrência terá sua aplicação explorada por meio das atividades exercidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica que buscam efetivá-lo, sendo assim, a legislação que regula o CADE e conceitos como o Mercado Relevante e Condutas Anticoncorrenciais serão abordados para esclarecer o funcionamento desta autarquia que tem como missão a defesa da livre concorrência.

**Palavras-chave:** CADE; Constituição; ordem econômica; livre concorrência.

**ABSTRACT:** The present work analyzes the Economic and Financial Order established by the Constitution and the principles that guide, in a general way, its operation. The principles will be related to the other directives and objectives found in the constitutional text, evidencing the logical unity existing in the Constitution, which provides economic

---

\* Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania (Atividade empresarial e Constituição: inclusão e sustentabilidade) - UNICURITIBA. Pesquisador do TRAEPP - Grupo de Estudos em Trabalho, Economia e Políticas Públicas (PPGD/UFPR). Servidor Público Federal-UTFPR. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2015). Especialista em Direito do Trabalho, Processo e Mercado.

\*\* Mestranda em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná. Graduada em Direito, com habilitação em Direito do Estado, pela Universidade Federal do Paraná. Pós-graduada em Políticas Públicas para La Igualdad en América Latina, pelo Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO). Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, pela Escola Brasileira de Direito Aplicado (Centro de Estudos Jurídicos do Paraná). Pesquisadora do TRAEPP - Grupo de Estudos em Trabalho, Economia e Políticas Públicas (PPGD/UFPR). Pesquisadora do Grupo Política por/de/para mulheres, vinculado ao Observatório de Direito Eleitoral (PPGD/UERJ). Professora do Curso de Formação Política para Mulheres (Instituto Política por/de/para mulheres). Advogada e Consultora Jurídica do Departamento de Direito Consultivo Administrativo do Bonini Guedes Advocacia.

development aimed at the pursuit of social justice. As a focus of this work, the principle of free competition will have its application explored through the activities carried out by the Administrative Council of Economic Defense that seek to effect it, thus, the legislation that regulates CADE and concepts such as Relevant Market and Anti-competitive Conduct will be addressed to clarify the operation of this autarchy whose mission is the defense of free competition.

**Keywords:** CADE; Constitution; economic order; free competition.

## 1. INTRODUÇÃO

Com as disposições encontradas no título VII da Constituição Federal o legislador constituinte optou por elencar diversas diretrizes ao desenvolvimento da ordem econômica nacional, as quais viabilizaram o estabelecimento do sistema de produção atualmente em voga no país.

A partir dessas diretrizes constitucionais, será possível identificar a base principiológica que rege as atividades econômicas e como elas comunicam-se com os outros princípios e objetivos encontrados no texto da Carta Magna, fazendo com que esse sistema de princípios proporcione um desenvolvimento econômico e social concomitantemente.

Tendo em vista o enfoque deste artigo no princípio constitucional da livre concorrência, após a sua conceituação e análise, juntamente com os demais princípios, será realizado a abordagem do modo de efetivação deste na economia nacional, levando-se em conta a importância da defesa da livre concorrência para a devida ascensão da economia, o Brasil conta com órgãos que possibilitam a identificação de condutas que ocasionam prejuízo à livre concorrência, sendo o Conselho Administrativo de Defesa Econômica um dos principais agentes que buscam efetivar este princípio constitucional da ordem econômica.

Em razão de sua importância, far-se-á uma breve abordagem histórica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em conjunto com a legislação aplicável a ele, por fim, os enfoques de análises de atos de concentração e de condutas anticoncorrenciais realizados por essa autarquia com o objetivo de dar cumprimento ao princípio da livre concorrência.

## 2. ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E SEUS PRINCÍPIOS

A Constituição Federal de 1988 disciplina por meio dos arts. 170 a 192 a Ordem Econômica e Financeira a ser aplicada em âmbito nacional, discorrendo amplamente sobre diversas matérias econômicas essenciais para o devido desenrolar da atividade econômica,

diante de tal panorama, da nova ordem inaugurada em 1988, os diplomas infraconstitucionais não tiveram alternativa senão sua constitucionalização. “Assim se passa com o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário, tributário”. (BARROSO, 2015, p. 399)

A Constituição Federal é composta por inúmeros princípios e objetivos que interligam-se e evidenciam o caráter social e progressista empregado na elaboração de seu texto, esta intenção de direcionar a construção de uma sociedade com menores desigualdades também permeia as diretrizes constitucionais à economia, ou seja, a economia não estará inerte aos aspectos progressivos da Constituição Federal, assim como todos os demais ramos do Direito.

Em decorrência dessa constitucionalização da ordem econômica, é importante frisar que ao analisar as disposições supramencionadas “a Constituição Econômica, portanto, deve ser interpretada à luz das demais disposições constitucionais, e não apenas daquelas contidas no Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira, pois os princípios e objetivos da política econômica estão expressos em outros tópicos da carta”, (BAGNOLI, 2017, p. 132) ou seja, necessária é a interpretação sistemática da Constituição Federal, passando a observá-la como um sistema integrado, não podendo haver a interpretação das diretrizes econômicas sem a observância dos princípios anteriormente descritos na Constituição.

Os princípios da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, fundamentos da República no art. 1º da Constituição, nesse sentido, orientam necessariamente a Ordem Econômica e Financeira Constitucional. Desse modo, em que pese tratar-se de uma Constituição de anseio capitalista, acolhe o postulado liberal conjugado a um valor comumente identificado como socialista, qual seja o trabalho humano. Evidenciando-se o caráter de um conjunto de regras que comunicam-se entre si, demonstrando a coerência existente na interpretação das disposições encontradas na Constituição Federal.

As regras acerca dos direitos econômicos expressos na Constituição Federal são consideradas como declarações específicas para a busca da efetivação da justiça social, considerando-se esta a finalidade precípua a ser alcançada pelo direito, comparando-se à declaração dos direitos do homem que proporcionaram o alcance de outros direitos fundamentais ao respeito do ordenamento estipulado pelo Direito.

Pode-se dizer que, assim como as declarações dos direitos do homem do século XVIII postularam a realização dos valores jurídicos da segurança da ordem e da certeza, as declarações constitucionais dos direitos econômicos e sociais, reveladas nesses elementos

socioideológicos, pretendem a realização do valor-fim do Direito: a justiça social, que é uma aspiração do nosso tempo, em luta aberta contra as injustiças do individualismo capitalista. (SILVA, 2012, p. 790)

Ademais, como “a experiência nos ensina que o modelo de desenvolvimento deve ser concebido a partir das peculiaridades de cada país, tendo em conta os constrangimentos do quadro internacional”, (FURTADO, 1999, p. 18) a ordem econômica constitucional e seus princípios deverão ser analisados sempre com o viés da finalidade de desenvolvimento almejada pelo legislador constituinte, por isso a necessidade da observância dos princípios constitucionais que irão pautar todas as diretrizes de desenvolvimento econômico estipuladas nacionalmente.

Concebeu-se na Constituição Federal uma ordem econômica capitalista, todavia, esta concepção não deixou de observar o principal objetivo da Constituição, qual seja proporcionar a existência digna a todas as pessoas, sendo assim, o lucro não deve ser o único norteador das atividades econômicas, este será perseguido, mas estará vinculado ao desenvolvimento nacional e o alcance de objetivos como o da erradicação da pobreza e da marginalização. (FACHIN, 2012)

Entretanto, há de se ter cautela para a efetivação desta finalidade em um sistema capitalista. “Assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, não será tarefa fácil num sistema de base capitalista e, pois, essencialmente individualista. É que a justiça social só se realiza mediante equitativa distribuição de riquezas”, (SILVA, 2012, p. 791) sobretudo porque as experiências latino americanas demonstram que o capitalismo, não raras vezes, obstaculiza o alcance da justiça social. “A história mostra que a injustiça é inerente ao modo de produção capitalista, mormente do capitalismo periférico”. (SILVA, 2012, p. 791) Por outro lado, a estruturação constitucional traz alternativas viáveis à superação de tais dificuldades.

Na concepção da ordem econômica pela Constituição Federal de 1988, tentou-se humanizar aspectos inerentes ao sistema capitalista, ressaltando, por exemplo, a defesa do consumidor e do meio ambiente com a intenção de dirigir as atitudes capitalistas para a defesa da justiça social, a Constituição planejou este direcionamento e trouxe mecanismos para que essa busca da justiça social se efetive. (SILVA, 2012)

Ressalta-se a importância da justiça social nas diretrizes empregadas pelo texto constitucional, refletindo na ordem econômica, pois ela “deve ser adotada como um dos

princípios de finalidade comunitarista expressos da Constituição de 1988 a interferir no contexto da ordem econômica, visando ao implemento das condições de vida de todos até um patamar de dignidade e satisfação”. (TAVARES, 2012, p. 1061) Assim, a possibilidade de intervenção do Estado na economia é essencial para o cumprimento dos objetivos sociais estabelecidos na Constituição. Isso porque, malgrado o modo de produção capitalista no qual o Brasil está inserido, o Estado ainda possui ferramentas para interferir nas condutas dos agentes econômicos, para que estes “cumpram os elementos de cunho social expressos na Constituição Federal, apresentados especialmente em forma de princípios e diretrizes”. (MACEI; MEIRA JUNIOR, 2017, p. 142)

A partir disso, é possível dar início às análises acerca dos princípios expostos no artigo 170 da Constituição Federal que orienta a Ordem Econômica e Financeira, observando-os, sempre, através dos vieses supramencionados.

A soberania nacional é o primeiro desses princípios. Diferentemente das outras menções encontradas no texto constitucional acerca da soberania nacional, este possibilita a viabilidade de crescimento da economia brasileira de maneira a direcionar o caminhar das atividades econômicas ao desvencilhamento das amarras proporcionadas pelas condutas dos países de maior desenvolvimento econômico, tarefa de grande complexidade. Como já era alertado por Celso Furtado, “liberar-se dessa dominação que tenderia a assumir formas cada vez mais sutis no campo econômico, é a difícil tarefa que atualmente enfrentam os povos que se identificam como pertencendo a um terceiro mundo”. (FURTADO, 2008, p. 65)

Sendo assim, “a ordem econômica brasileira, ainda de natureza periférica, terá de empreender a ruptura de sua dependência em relação aos centros capitalistas desenvolvidos. Essa é uma tarefa que a Constituinte, em última análise, confiou à burguesia nacional”. (SILVA, 2012, p. 794) Desse modo, “o constituinte não rompeu com o sistema capitalista, mas quis que se formasse um capitalismo nacional autônomo, isto é, não dependente”. (SILVA, 2012, p. 794) Ou seja, ao se manter em consonância com o modo de produção dominante, porém, viabilizando a implementação da justiça social, a Constituição Federal estabelece um projeto político de inserção nacional nas mesmas posições ocupadas pelos países de maior desenvolvimento econômico, expurgando as mazelas decorrentes da situação de dependência ocupada pelos países periféricos.

Em relação ao princípio da propriedade privada, este vem a demonstrar a delimitação da atuação do poder estatal diante dos bens privados. Frisa-se que a aplicação deste princípio

partirá do respeito aos bens dos proprietários, desde que a propriedade privada esteja respeitando, por exemplo, o cumprimento de outro princípio de ordem econômica a função social da propriedade.

A disposição deste princípio na ordem econômica constitucional acaba por proporcionar a efetivação de diversas outras garantias encontradas no ordenamento jurídico pátrio. “Garantir a propriedade na ordem econômica, tem seu sentido dado pela necessária concretização dos direitos fundamentais formais e materiais da presente Carta, enquanto finalidade axiológica que suporta a aplicação e sistematização do Direito”, (ARONNE, 2013, p. 1797) pois “a propriedade, além de direito fundamental, é elemento essencial da ordem econômica capitalista”. (SLAIBI FILHO, 2009, p. 688) Sendo assim, sem o devido respeito e suporte à existência da propriedade privada, torna-se inoperante o sistema capitalista, quer dizer, a ordem econômica constitucional estabelecida pelo constituinte não poderia efetivar-se de maneira adequada, inviabilizando todos os outros direitos decorrentes da ordem econômica constitucional.

A função social da propriedade limita o princípio supramencionado que traz a vinculação da ordem econômica ao asseguramento da propriedade privada individual, sendo que a essência da função social da propriedade respalda-se no entendimento que:

O exercício de qualquer direito deve atentar para o seu fim econômico e social: não se é proprietário tão-somente para se ter o título de proprietário. A propriedade é o substrato jurídico que se dá ao titular da coisa para dele obter suas utilidades visando à satisfação de suas necessidades. (SLAIBI FILHO, 2009, p. 688)

Para que seja assegurada, a propriedade privada cumprirá a sua função social, gerando riquezas e empregos, promovendo, assim, o desenvolvimento econômico nacional. Proporciona-se, desse modo, a utilização da propriedade, desde que cumpra os critérios estabelecidos em lei para a efetivação da função social da propriedade. (SZEZERBICKI, 2009)

A defesa do consumidor é outro dos pilares da ordem econômica. Veja-se que “não se protege o consumidor como ação social ou coletivista em defesa do menos aquinhado, como se fosse um benefício paternalista do Poder”, (SLAIBI FILHO, 2009, p. 691) mas sim “porque é o fundamento da ordem econômica, a razão de ser da competição, aquele que despenderá consigo os bens que foram produzidos levando em conta os seus interesses”. (SLAIBI FILHO, 2009, p. 692) Assim, desmitifica-se a ideia de que apenas o consumidor teria vantagens com

esta proteção, sendo que toda a ordem econômica beneficia-se dos efeitos desta produção constitucional.

Outro princípio é o da defesa do meio ambiente. “Para defendê-lo e garantir a sadia qualidade de vida da população, o Estado tem o poder-dever de intervir na atuação empresarial, mediante a edição de leis e regulamentos que visem a promover o desenvolvimento sustentado”. (BARROSO, 2001, p. 196) Do mesmo modo, Eros Roberto Grau alerta que o princípio da defesa do meio ambiente “além de objetivo, em si, é instrumento necessário – e indispensável- à realização do fim dessa ordem, o de assegurar a todos a existência digna. Nutre também, ademais, os ditames da justiça social. Todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, (GRAU, 2017, p. 248-249) ou seja, este princípio reforça a busca dos objetivos encontrados na Constituição Federal, limitando o anseio econômico ao respeito do meio ambiente.

Os princípios da redução das desigualdades e da busca do pleno emprego visam direcionar o desenvolvimento econômico para a distribuição de renda no país, evitando que as desigualdades já existentes no âmbito nacional, sejam ampliadas por meio da concentração de renda gerada pelos ganhos econômicos.

O constituinte optou por estabelecer o princípio do tratamento favorecido às empresas de pequeno porte, pois, como ensinam Paulo Ricardo Opuszka e Marco Antonio Lorga, “a Constituição Federal pretende garantir o equilíbrio nas relações econômicas, dispensando uma proteção àquelas com menor poder econômico e capacidade de competição”, (OPUSZKA; LORGA, 2014, p. 467) sendo que o âmbito tributário acaba por evidenciar a aplicação deste princípio na ordem econômica.

Observa-se claramente este princípio por meio do seu aspecto tributário, em razão da Lei Complementar nº 123/06 que instituiu regras a serem aplicadas especificamente às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, possibilitando que estas empresas gozem, em razão de suas peculiaridades, de vantagens tributárias. (MACEI; MEIRA JUNIOR, 2017)

Por fim, apresenta-se adiante o princípio da livre concorrência – que será analisado pormenorizadamente adiante – que proporciona aos participantes do jogo econômico um ambiente de competição em que possam concorrer da melhor maneira possível, sem utilizar-se de manobras incorram em irregularidades para o bom andamento do mercado.

Evidentemente, as práticas concorrenciais podem apresentar distorções decorrentes do poder econômico. Porém, o poder em si “não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira antissocial. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso”. (SILVA, 2012, p. 797) Ou seja, é prática antissocial desse poder que é tida como inconstitucional.

As agências reguladoras e o CADE tem papel decisivo na garantia da competição leal na economia, obstruindo condutas anticoncorrenciais e abusivas, com isso, o Estado passa a efetivar a livre-concorrência, entretanto distancia-se do molde smithiano do liberalismo econômico, utilizando da interferência do poder público para proporcionar a sadia concorrência no âmbito econômico. (BAGNOLI, 2017)

Sendo assim, com uma maior regulação do mercado, o Estado passa a realizar adequações na concorrência, papel exercido, principalmente, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia que terá seu histórico e enfoques de atuação na defesa da livre concorrência analisados adiante.

### **3. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA**

Apesar de existirem leis concorrenciais anteriores, foi por meio da Lei nº 4.137/62 que se estabeleceu um órgão responsável pela defesa econômica no Brasil, surgindo o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). O momento econômico vivenciado pelo Brasil à época da sua implantação não era de um mercado estabelecido para a livre concorrência, mas, sim, caracterizado pela proteção e regulação estatal da produção gerada nacionalmente, assim, a atuação do CADE restou-se ineficiente e restrita.

No Brasil, medidas protetivas comerciais e econômicas foram aplicadas pelo governo na época pós-guerra, do mesmo modo, as atividades empresariais eram coordenadas sob rígida intervenção do Estado. Em razão disso, na criação do CADE, este manteve-se praticamente inerte, não podendo exercer a sua principal função: regular a concorrência. Isto não ocorreu tendo em vista o momento político de planificação central da economia que inviabilizava a livre-concorrência e priorizava o controle dos agentes econômicos. (AZEVEDO, 2014)

Do mesmo modo, com um intenso controle de preços pelo Estado em conjunto com a reforma das decisões do Cade pelo Poder Judiciário, tornaram de pouca eficácia as decisões proferidas pelo Conselho:

as decisões do Cade foram frequentemente reformadas pelo Poder Judiciário, já que muitas das condenações de empresas por abusos



aplicadas no período foram anuladas na Justiça. Em parte, havia dificuldade na produção de provas irrefutáveis das práticas anticompetitivas. (CARVALHO; RAGAZZO, 2013, p. 43)

Ou seja, com um ambiente onde a política econômica adotada não era favorável à aplicação de medidas antitruste, em adição à escassa quantidade de ferramentas para a produção de provas cabais à caracterização de condutas ilícitas, o CADE permaneceu impossibilitado de estabelecer ações que possibilitassem o devido cumprimento de seus objetivos.

Os principais objetivos a serem alcançados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica são os seguintes: a fiscalização, prevenção, orientação e prevenção de abusos do poder econômico; em complemento a esses objetivos, o CADE atuará preventivamente e repressivamente diante de condutas que utilizam-se do poder econômico para gerar distorções no mercado concorrencial.

O cumprimento desses objetivos passou a ser possível somente a partir da década de 1990, muito tempo após a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, quando a resposta para as crises econômicas era encontrada nas condutas estabelecidas pelo ideal do liberalismo econômico que estava em forte ascensão nas decisões econômicas do país.

Com a implantação do Plano Real e o controle da inflação, encarou-se, agora de maneira contumaz, a concorrência como pilar fundamental à contínua estabilização e sucesso do novo plano econômico em andamento. Assim, por meio da entrada em vigência da Lei nº 8.884/94, optou-se por conceder maiores condições para o exercício pleno das funções estabelecidas ao CADE.

Em vista disso, o CADE passou a gozar de características necessárias à sua independência, como, por exemplo, a estipulação de mandato para os conselheiros de dois anos (permitida uma recondução); autonomia administrativa e orçamentária; e, também, transformou-se em uma autarquia. Lembra, Paulo Furquim de Azevedo, do crescimento da proteção concorrencial, pois com a Lei nº 8.884/94 implementou-se a Secretaria de Direito econômico que “assumia, juntamente com a Secretaria de Acompanhamento econômico (Seae), vinculada ao Ministério da Fazenda, funções complementares no exercício da concorrência.” (AZEVEDO, 2014, p.270). Entidades que estruturavam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência-SBDC.

Por força da Lei nº 8.884/93, as aquisições e fusões passaram a ser obrigatoriamente analisadas pelo CADE, o qual utilizava-se do mecanismo TCD-Termo de Compromisso de

Desempenho para validar a fusão ou aquisição em questão. “O TCD, mecanismo previsto na Lei 8.884/94, é um acordo firmado entre o Cade e as partes como condição para que o negócio seja aprovado, caso seja necessária a aplicação de restrições concorrenciais.” (CARVALHO; RAGAZZO, 2013, p. 74)

Apesar das inovações, a Lei nº 8.884/93 ainda estabelecia uma avaliação arcaica das fusões, sendo que o seu art. 54 estipulava a avaliação posterior à realização da fusão, causando problemas irreversíveis nos casos em que o CADE reprovava a sua realização.

Essa distorção legislativa, dentre outras, foi sanada com o advento da Lei nº12.529/2011, a atual legislação antitruste, que efetuou diversas modificações no modo de atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, trazendo maior possibilidade de aplicação e defesa do princípio constitucional econômico da livre concorrência.

Veja-se que a legislação antitruste é de suma importância para viabilização dos postulados constitucionais econômicos:

O antitruste é um ramo do direito que procura disciplinar as relações de mercado entre os agentes econômicos, visando ao estabelecimento de um ambiente de livre concorrência, cujos destinatários finais são os consumidores. Desse modo, ele procura tutelar, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa, em favor da coletividade. (GABAN, 2016, p. 67)

Com o intuito de aperfeiçoar o CADE, a atual legislação modificou substancialmente a forma de condução das análises concorrências realizadas pelo Conselho.

A nova lei passou a permitir, no art. 50, a intervenção de terceiros nos processos administrativos, sanando possíveis deficiências da autarquia na apreciação de demandas complexas. Em relação à organização interna do CADE:

O antigo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), era antes composto por três órgãos: a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), a Secretaria de direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e o CADE, autarquia vinculada ao Ministério da Justiça. Cada órgão tinha o seu papel, que no caso da SEAE e da SDE se sobrepunham. Ambas tinham que dar seus pareceres nas análises de atos de concentração e nas investigações de condutas anticompetitivas. [...]o Projeto de Lei que deu origem à Lei 12.529/2011 trazia a reorganização das funções em único órgão, cuja autoridade seria reforçada, com base na experiência vivida nos anos anteriores. A Superintendência-Geral (SG) absorveu as funções de análise e investigação conduzidas pela

SEAE e SDE, enquanto o Tribunal permaneceu com as atribuições que antes pertenciam ao CADE. (AGRA, 2017)

Desse modo, com o advento da Lei nº 12.529, o Cade passou a ser enquadrado como “uma autarquia em regime especial, mas não é uma agência reguladora, e sim uma autoridade garantidora da defesa da concorrência”. (FONSECA, 2017, p. 281)

As ferramentas utilizadas pelo Cade também foram modificadas, como por exemplo, o TCD-Termo de Compromisso de desempenho foi substituído pelo ACC-Acordo em Controle de Concentrações, conforme o Cade o ACC seria:

O Acordo em Controle de Concentração – ACC é um instrumento utilizado para sanar eventuais problemas identificados em atos de concentração submetidos ao Cade. O objetivo do ACC é remediar uma situação estrutural que poderia inviabilizar a aprovação da operação analisada. Segundo o artigo 125 do Regimento Interno do Cade, o acordo pode ser apresentado em até 30 dias da decisão de impugnação da Superintendência-Geral, e deve ser homologado pelo Tribunal. (CADE, 2016b)

Com a Lei nº 12.529/11 o CADE passou a oficialmente controlar as condutas e a concentração das empresas. Assim, a conduta, para ser considerada uma infração, terá que enquadrar-se nos requisitos constantes do art. 36 “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; exercer de forma abusiva posição dominante”. Caso a autarquia identifique uma dessas condutas, instaurará processo administrativo para apurar as faltas e, eventualmente, aplicar sanções.

Já em relação aos atos de concentração, houve grande avanço ao não permitir, conforme o art. 88, §3º, o *gun jumping*.<sup>1</sup> Sendo assim, a análise do CADE, nos atos de concentração, será uma análise de possíveis efeitos futuros que o ato poderá gerar na economia, diferentemente da análise das infrações do art. 36, as quais já ocorreram e deverão ser sancionadas conforme o procedimento instaurado pela autoridade autárquica.

#### **4. MERCADO RELEVANTE**

Cabe ainda delimitar o campo de análise para a aplicação do princípio constitucional da livre concorrência, o qual determinará a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

---

<sup>1</sup> Consumo de atos de concentração econômica antes da decisão final da autoridade antitruste.

O mercado relevante é uma caracterização concebida pelas políticas que visam proporcionar o respeito ao princípio constitucional da livre concorrência, sendo que o CADE entende o mercado relevante como a delimitação “do conjunto de agentes econômicos (consumidores e produtores) que efetivamente reagem e limitam as decisões referentes a estratégias de preços, quantidades, qualidade (entre outras) da empresa resultante da operação.” (CADE, 2016a, p. 13). Em que pese a importância do mercado relevante, trazendo diversas informações para a atuação do CADE, este conclui que “a delimitação de mercado é uma ferramenta útil, entretanto, não é um fim em si mesmo. A identificação dos possíveis efeitos competitivos envolve avaliar condicionantes que, por vezes, estão fora do mercado relevante pré-definido. Assim, a delimitação do MR não vincula o Cade”. (CADE, 2016a, p. 13)

Dois aspectos proporcionam a identificação do mercado relevante: “o mercado relevante é determinado estabelecendo-se o mercado relevante de produto e o mercado relevante geográfico”, (SANDRONI, 2014, p. 529) sendo que para Samuel Fernando Hübler dos Santos “o mercado relevante geográfico é a área na qual as a) empresas estão envolvidas na oferta e demanda de produtos, b) atuando sob condições de competição suficientemente homogêneas e na qual c) as condições de competição são consideravelmente diferentes das áreas vizinhas”, (HÜBLER, 2013, p. 114-115) já o mercado relevante de produto, segundo Vicente Bagnoli, analisa e “compreende todos os produtos e serviços considerados pelos consumidores substituíveis entre si, em razão de suas características, preços e utilização”. (BAGNOLI, 2017, p. 295) Nesse último aspecto, o Departamento de Estudos Econômicos e o Grupo de Trabalho de Métodos em Economia realiza algumas ressalvas à delimitação do mercado relevante de produtos:

Uma visão equivocada da delimitação de mercado relevante está no foco nos produtos e não nas empresas em si e na delimitação de mercados gerais para vários contextos. O foco nos produtos se justifica em alguns casos, como para produtos homogêneos, em que os produtores apresentam produtos que não se diferenciam em nenhuma dimensão relevante para a concorrência (preço, qualidade, características, substitutibilidade e outros). Para produtos diferenciados, apesar da complexidade de tratar cada produto como um mercado, a sua agregação em categorias (por exemplo: eletrodomésticos de linha branca) deve ser feita após aferição das condições de produção e competição no mercado. Assim, evita-se a delimitação de mercados relevantes para produtos diferenciados baseados apenas sobre a característica básica dos produtos da empresa ou sobre uma amálgama de produtos da empresa. (CADE, 2010, p. 4)

Assim, a delimitação do mercado relevante mostra-se de suma importância para a identificação do alcance da aplicação da proteção ao mercado estabelecida pelo princípio constitucional da livre concorrência.

## 5. OS PRINCIPAIS ENFOQUES DE ATUAÇÃO DO CADE

Conforme visto, atualmente, a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, conhecida como a lei de defesa da concorrência, apresenta as ferramentas destinadas à efetivação e defesa do princípio constitucional da livre concorrência, possuindo dois enfoques: fiscalização de atos de concentração e repressão de condutas anticoncorrenciais.

Com a vigência da Lei nº 12.529/2011 manteve-se a proteção do princípio da livre concorrência por meio da análise de atos de concentração que ocorrem no mercado. Tais atos de concentração ocorrem quando “percebe-se que na realização de um ato de concentração existem, em um primeiro momento, dois agentes dotados de autonomia decisória.”(FRADE; BARACHO,2013,p.424), e sendo os exemplos de concentração, respectivamente, a fusão e a aquisição “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”. (FRADE; BARACHO, 2013, p. 424)

A legislação elencou os casos em que considerará a ocorrência de atos de concentração que poderão violar a ordem econômica nacional, sendo necessária a sua análise pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, no momento em que os agentes econômicos praticarem atos descritos no art. 90 da Lei nº 12.529/2011.<sup>2</sup>

Porém, outros critérios necessitam ser cumpridos para que a análise pelo CADE venha a ocorrer, sendo os principais encontrados no art. 88, da Lei nº 12.529/11, que estipula critérios em relação a valores de faturamento das empresas envolvidas no ato de concentração, ou seja,

---

<sup>2</sup> 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.

o CADE não analisará qualquer ato de concentração, este deverá representar uma certa relevância ao mercado em questão de valores, valores que são atualizados pela Administração Pública quando encontram-se defasados. Entretanto, essa estipulação de valores acaba por inviabilizar atos de concentração que prejudicam a ordem econômica em pequena escala.

Ou seja, em que pese a grande relevância da análise de atos de concentração de alto valor empregado, a legislação antitruste distancia-se da efetivação da justiça social e do princípio da livre concorrência, uma vez que não atua de forma equitativa no momento em que limita a análise destes atos a requisitos que dão grande importância às grandes operações, inviabilizando a análise de perturbações à ordem econômica em pequenos centros, por exemplo. Por óbvio, restaria impossível a avaliação de todos os atos de concentração que ocorrem nacionalmente, entretanto, deve-se almejar o cumprimento, em sua totalidade, dos princípios constitucionais inerentes à ordem econômica. Sendo assim, o implemento de políticas que aumentem a abrangência deste controle são necessárias.

Malgrado o trabalho realizado pelo CADE e o cumprimento dos diversos objetivos traçados para esta autarquia, ainda restam lacunas operacionais que se encontram inalcançáveis, sendo elas encontradas em regiões com menor expressividade econômica, porém de suma importância nas localidades em que ocorrem, desse modo, evitando que o bem-estar social seja abalado, faz-se necessária o desenvolvimento de regramento que proteja porções do mercado que por vezes afetam pequenas regiões que podem não apresentar relevante aspecto econômico em cifras, entretanto são relevantes para o desenvolvimento regional. (GABAN, 2016)

## 6. CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS

Após a delimitação do mercado relevante, a legislação antitruste nacional traz outra competência para o CADE, competência que o legitima a reprimir condutas anticoncorrenciais. Isso porque “as infrações contra a ordem econômica são as condutas adotadas por agentes econômicos contrárias às relações da livre concorrência e capazes de alterar o equilíbrio em determinado mercado”, (BAGNOLI, 2017, p. 358) do mesmo modo, conforme Lucas Barrios, “para que se configure o ato de infração, é imprescindível que o agente detenha poder de mercado, ou poder econômico”, (BARRIOS, 2014, p. 129) demonstrando, novamente, a inclinação à regulação de situações que geram relevante impacto econômico.

A Lei nº12.529/2011 traz em seu texto parâmetros objetivos da configuração das condutas anticoncorrenciais, no art. 36 da referida lei arrola alguns exemplos: limitar ou impedir

o acesso de novas empresas ao mercado; impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; dentre outros.

Frisa-se que o rol estipulado na legislação antitruste é exemplificativo, não impedindo que alguma conduta possa ser entendida como anticoncorrencial pelo CADE quando não constar das condutas do art. 36 da lei nº 12.529/11. “Essa forma de ‘tipologia aberta’, adotada pelo legislador, é essencial nas relações econômicas para que se possa combater as infrações econômicas”, (BAGNOLI, 2017, p. 359) assim, tornando possível punir essas condutas desde que preenchidos alguns requisitos consagrados pelas decisões da autarquia:

(i) Primeiro, é necessário mostrar que a conduta, por meio da qual a infração à concorrência se daria, de fato ocorreu e pode ser imputada à representada. (ii) Segundo, para que a prática empresarial possa configurar uma conduta anticompetitiva é necessário que a representada possua condições para realizar a alegada conduta infrativa, ou seja, que possua posição dominante que possa ser utilizada de modo a restringir a concorrência. (iii) Finalmente, uma vez tendo sido constatada a ação por meio da qual haveria restrições à concorrência por uma determinada empresa e detendo esta poder de mercado, é necessário mostrar que tal conduta pode gerar efeitos deletérios à concorrência e que não esteja associada a ganhos de eficiência suficientes para contrabalançar os prejuízos de eventual redução da concorrência. (GABAN, 2016, p. 169)

As descrições encontradas na legislação antitruste, em conjunto com as delimitações geradas pelo conjunto de decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, trazem à tona a importância da atividade repressiva, exercida por este órgão de controle, na defesa dos princípios da ordem econômica constitucional, não apenas efetivando a aplicação do princípio da livre concorrência, mas efetivando, também, diversos outros, como a defesa do consumidor. Dessa forma, garante-se o livre exercício da atividade econômica, viabilizando o crescimento ordenado da economia, possibilitando, por fim, o alcance da justiça social almejada pelo legislador constituinte.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao erigir, por meio de diversos princípios, a ordem econômica constitucional, o constituinte demonstra a necessidade em conciliar todos os objetivos e princípios sociais estabelecidos no texto constitucional com o próprio desenvolvimento de um sistema econômico sadio - sistema que trará benefícios econômicos que darão subsídios para o implemento de medidas de caráter social, dentre outros.

Torna-se evidente a essência dos princípios da ordem econômica constitucional analisados neste artigo, cujo objetivo acaba por ser beneficiar e viabilizar o crescimento e perpetuação do sistema econômico, isso ocorre, inclusive, com o princípio da defesa do consumidor, sendo necessária essa defesa para assegurar que exista demanda para os produtos em circulação.

Entretanto, apesar do necessário estímulo e defesa do desenvolvimento da economia, deve-se frisar que esta ordem econômica precisará respeitar princípios e objetivos encontrados em outros artigos da constituição, sendo que o principal objetivo almejado é o implemento da justiça social.

Já em relação ao princípio da livre concorrência, crucial à ordem econômica, tem-se que a sua efetivação por meio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ocorre de maneira ordenada, com amplo respaldo da legislação antitruste para combater atos que poderiam inviabilizar a livre concorrência. Todavia, infelizmente, este controle apenas ocorre em situações em que há um grande montante envolvido, não havendo controle em casos de menor relevância de cifras, mas que podem interferir de substancialmente nas regiões que estão ocorrendo.

Com isso, é possível identificar o amadurecimento da ordem econômica nacional quanto à defesa da livre concorrência, sendo que a legislação antitruste atual proporcionou uma ampla gama de atuações para tanto. Entretanto, tendo em vista o objetivo precípua da Constituição Federal que é a justiça social, outras medidas deverão ser implementadas futuramente, aumentando o alcance dessa fiscalização para locais do mercado em que a circulação de valores não seja tão vultuosa quanto os estabelecidos na Lei nº12.529/2011.



## REFERÊNCIAS

- AGRA, Patricia. “Nova” Lei Antitruste e 100ª sessão de julgamento do CADE. 2017. Disponível em: <<https://jota.info/concorrenca/nova-lei-antitruste-e-100a-sessao-de-julgamento-do-cade-08032017>> Acesso em: 06 de jan. 2017.
- ARONNE, Ricardo. Comentário ao artigo 170, inciso I . In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1797-1798.
- AZEVEDO, Paulo Furquim. Análise Econômica da Defesa da Concorrência. In TIMM, Luciano Benetti[Org.]. *Direito e Economia no Brasil*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2014.
- BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico e Concorrencial*. 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, 2001. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47240/44652>>. Acesso em: 04 de jan. 2018.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.
- BARRIOS, Lucas de Góis. O contrato internacional de transferência de tecnologia e o Direito da Concorrência no Brasil: análise à luz da recente jurisprudência do Cade. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 4, p. 117-143, 2014.
- CADE. DEE/GTME. *Delimitação de Mercado Relevante – Versão pública*. 2010. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-atos-de-concentracao-economica>>. Acesso em: 06 de jan. 2017.
- CADE. *Guia Análise de atos de concentração horizontal*. 2016a. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-atos-de-concentracao-economica>>. Acesso em: 06 de jan. 2017.
- \_\_\_\_\_. *Perguntas sobre atos de concentração econômica*. 2016b. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-atos-de-concentracao-economica>>. Acesso em: 06 de jan. 2017.
- CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. *Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013.
- FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FRADE, Eduardo Silveira; BARACHO, Hertha Urquiza. A nova definição dos atos de concentração e sua relevância na consecução dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência. *Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 9, p. 162-182, 2013.

FURTADO, Celso, 1920-2004. *Criatividade e dependência na civilização industrial*. São Paulo, Companhia das Letras, 2008.

\_\_\_\_\_. *O longo amanhecer: reflexões sobre a formação do Brasil*. Paz e Terra, 1999.

GABAN, Eduardo Molan. *Direito antitruste*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2017.

HÜBLER, S.. Análise do mercado relevante dos cartões de pagamento. *Revista de Direito da Concorrência*, v. 1, p. 105-123, 2013.

MACEI, D. N.; MEIRA JUNIOR, J. J. . Análise dos Princípios Constitucionais da Ordem Econômica e sua Influência no Direito Brasileiro. *ANIMA: REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DA OPET*, v. 16, p. 130-154, 2017.

OPUSZKA, Paulo Ricardo; LORGA, Marco Antonio. Tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas no Brasil e o princípio da capacidade contributiva. *Revista Jurídica - Unicuritiba*, v. 1, p. 456-471, 2014.

SANDRONI, Paulo. *Dicionário de economia do Século XXI*. 8. ed., Rio de Janeiro: Record, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

SLAIBI FILHO, Nagib, *Direito constitucional*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SZEZEBICKI, A. S. Os Princípios Gerais da Atividade Econômica Brasileira: Avanços e Efetividade desde a Constituição Federal de 1988. *Eptic On-Line (UFS)*, v. XI, p. 01, 2009. Disponível em: <<http://eptic.com.br/wp-content/uploads/2014/12/textdisc6.pdf>>. Acesso em: 26 de dez. 2017.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

Encaminhado em 09/04/18

Aprovado em 19/06/18