

CADE, o novo controlador?

Autor(a): Mateus Piva Adami

Publicado em: 06 de agosto de 2019

Publicação: jota_import

Link JurisTube: <https://juristube.com.br/colunistas/mateus-piva-adami/cade-o-novo-controlador>

Fonte original: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/cade-o-novo-controlador>

Identificador citável: juristube.com.br/colunistas/mateus-piva-adami/cade-o-novo-controlador#ep-e27d6caa

Resumo

A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica não pode ser a lei de aprisionamento dos reguladores brasileiros pelo CADE

Texto integral

Entre seus diversos pontos polêmicos, a assim chamada “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica” (veiculada pela MP 881) pode transformar a autoridade antitruste brasileira (o CADE) em mais um órgão de controle da Administração Pública. Pasmem, mais um. + JOTA : Assine o JOTA e não deixe de ler nenhum destaque! É que, sem alarde – e, vale dizer, sem qualquer debate com a sociedade – o Projeto de Lei de Conversão da MP procura alterar a Lei 12.529/2011 (a lei antitruste brasileira) para nela inserir, em seu artigo 36, uma nova conduta anticompetitiva, ao lado da limitação, falseamento ou prejuízo à livre concorrência, da dominação de mercados, do aumento arbitrário de lucros e do abuso de posição dominante. 1 Se convertida em lei a MP, o caput desse artigo 36 dará guarida a uma inovação preocupante no Estado Regulador brasileiro: ele passará a contar com mais um inciso (o inciso V), que determina que “exercer de forma abusiva competência para regular ou editar atos normativos infralegais” passa a ser considerada um novo tipo de infração à ordem econômica. A MP trouxe, ainda, para o rol exemplificativo das condutas anticompetitivas do § 3º desse mesmo artigo, o inciso XX, cuja redação é “editar ato normativo infralegal que, de forma injustificada, crie barreiras à entrada no mercado ou distorça ou de qualquer forma elimine a concorrência”. Não bastasse, o Projeto de Lei de Conversão da MP inseriu na lei antitruste mais dois parágrafos (o §4º e o §5º) ao art. 36, nos quais se lê: “identificada a infração contida no inciso XX do § 3º, o CADE adotará as medidas administrativas para, imediatamente, notificar a autoridade administrativa responsável pela edição do ato normativo para suspender seus efeitos ou revoga-lo” (§ 4º) e “para os fins do § 4º, na hipótese de inércia ou negativa de suspensão de eficácia ou revogação, o CADE adotará as medidas judiciais cabíveis para suspender os efeitos e anular o ato normativo reconhecido como prejudicial à livre concorrência” (§ 5º). Lidas de forma combinada, não há outra conclusão possível: essas alterações promovidas na lei de defesa da concorrência transformam o CADE em mais um controlador dos reguladores brasileiros – e o fazem indiscriminadamente, uma vez que a eles o Projeto de Lei de Conversão se refere de forma genérica, sem distinção setorial ou federativa. Isto é, se aprovada na forma atualmente ali prevista, a assim chamada “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica” obrigará o CADE a dizer (leia-se, interpretar) o que significa, em termos práticos, exercer competência para regular de forma abusiva, assim como definir, em casos concretos, o que vem a ser norma reguladora que redunde na criação de barreiras à entrada em dado mercado ou distorça ou elimine a concorrência. Também passará a

ser função do CADE notificar o regulador para que este suspenda ou revogue ato normativo regulatório “suspeito” e, se isso não for feito, demandar na justiça a suspensão de efeitos ou anulação desses atos. É preciso ter clareza quanto às implicações e consequências dessa nova competência a ser atribuída ao CADE. E elas podem ser desastrosas: atos infralegais praticados por quaisquer órgãos da União, dos 26 Estados, do Distrito Federal e dos mais de 5500 Municípios, que “criem barreiras à entrada” ou “distorçam a concorrência” estarão sujeitos ao crivo do órgão. A apreciação desses atos, é bom lembrar, não poderá ser feita seletiva ou discricionariamente pelo CADE: por se tratar de uma conduta que caracteriza potencial infração à ordem econômica, tal qual uma denúncia de cartel, será necessário instaurar um processo e instruí-lo, com todos os trâmites aplicáveis às demais condutas já analisadas pela autoridade. Mesmo que se admita – o que não é de modo algum algo trivial ou realista – que o CADE tenha recursos humanos, administrativos e financeiros para desempenhar essas novas tarefas, pergunta-se: é desejável e conveniente que a autoridade antitruste brasileira faça as vezes de (mais) um controlador do regulador brasileiro quando se trata de atos normativos direta ou indiretamente ligados às relações de concorrência? Entendemos que não, pelas razões abaixo descritas. De início, não se pode negar que a criação de nova conduta anticompetitiva tem por objetivo atingir a edição de atos normativos infralegais, decorrentes do exercício de função regulatória por parte dos entes federados. Não discutimos, aqui, a possibilidade de o CADE analisar tais atos, como tem feito em diversas outras oportunidades, quando provocado para tanto, por meio de procedimentos já existentes. Nossa preocupação é sua tipificação como conduta anticoncorrencial específica, passível, inclusive, de aplicação das penalidades previstas no art. 37 da Lei 12.529/2011. Se a proposta contida no Projeto de Lei de Conversão corresponde de fato à criação de mais uma instância controladora - ao lado dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário e de todos os demais agentes que contribuem para o controle da Administração Pública –, decorre que o CADE poderá adentrar no mérito das decisões tomadas. Isso porque a análise quanto ao caráter “abusivo” da regulação ou mesmo à avaliação relacionada às “justificativas” apresentadas pelo regulador podem se confundir com a própria seleção das opções regulatórias postas à disposição do respectivo órgão público pela legislação setorial. Em segundo lugar, vale lembrar que a regulação se justifica por perseguir finalidades que podem, eventualmente, resultar em algum tipo de cerceamento da concorrência. Isso ocorre, por exemplo, quando se exige o cumprimento de padrões mínimos de qualidade e segurança como condição para o exercício de uma dada atividade econômica. Ficará incumbido o CADE de definir quais são, em última instância, esses parâmetros, bem como sua compatibilidade (ou não) com a livre iniciativa? Eventual discordância em relação a eles por parte do órgão concorrencial ensejará o enquadramento da norma regulatória como infração à ordem econômica? Em caso positivo, serão aplicadas penalidades aos responsáveis pela sua aprovação? Apenas à pessoa jurídica ou também às pessoas físicas envolvidas? Essas perguntas e possibilidades estão sendo consideradas? Foram sopesados os prós e contras desse verdadeiro poder de veto da regulação pelo antitruste? Não vemos sentido em alterar dessa forma o padrão de interação do CADE com órgãos reguladores. A verdade é que a ausência de uma nova infração à ordem econômica não tem impedido o CADE de atuar na abertura de espaços concorrenciais em setores regulados, bem como de atuar em sua defesa. Mesmo podendo ser aperfeiçoada, essa atuação, no entanto, tem ocorrido de forma cautelosa e deferente às decisões administrativas, sem necessariamente considerá-las como ilícitos concorrenciais passíveis de punição, com os riscos aqui apontados. 2 Nesse sentido, o uso do instrumento da assim chamada advocacia da concorrência, presente na Lei 12.529/2011, é algo mais consentâneo com a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”),

quando se trata de casos relacionados a atos normativos infralegais, do que o mecanismo coercitivo e potencialmente temerário proposto no Projeto de Lei de Conversão. Há um relevante histórico de atuação do SBDC para promoção da concorrência que não pode ser desprezado ³. A criação de uma conduta com as características do Projeto de Lei de Conversão é, em outras palavras, incompatível com a ideia de advocacia da concorrência, que tem caráter cooperativo e de coordenação e não supõe uma relação de controlador-controlado. Nota-se, em resumo, a perda de uma oportunidade valiosa de aprimoramento da regulação estatal, que deveria ser incentivada e ampliada, em vez de tolhida ou ameaçada. Em terceiro lugar, nada impede que discussões que tenham como pano de fundo restrições à livre iniciativa não possam ser controladas por meio de mecanismos coercitivos, se assim se desejar. O bom e velho controle judicial já existe e continua sendo apto a controlar a legalidade de atos emanados pela Administração Pública, inclusive no exercício de função normativa. ⁴ Em quarto lugar, a sistemática atual da Lei 12.529/2011 também permite que o CADE atue em processos judiciais, na qualidade de *amicus curiae* – como recentemente ocorrido nos litígios envolvendo o transporte privado individual de passageiros no Município de São Paulo ⁵. Ou seja, uma atuação judicial proativa por parte da autoridade de defesa da concorrência em determinados casos já é permitida, não sendo necessária qualquer modificação na legislação antitruste para tanto. Importa salientar, nesse ponto, a proposta acadêmica de projeto para a Lei Nacional da Liberdade Econômica, que trazia uma solução, em nossa visão, mais adequada para a questão do controle. ⁶ Previu-se, ali, uma nova hipótese de cabimento de ação civil pública, por meio de alteração do art. 1º da Lei 7.347/1985 ⁷ – que, de mais a mais, já havia sido alterada pela Lei 12.529/2011 para incluir, naquele mesmo rol, a infração da ordem econômica. Ou seja, o controle judicial, já existente e utilizado, é o foro mais adequado para controlar a legalidade de atos praticados pela Administração Pública, inclusive os de caráter normativo que possam interferir na liberdade de iniciativa dos particulares. Não custa frisar: ele pode ser usado independentemente da criação de uma nova infração à ordem econômica, destinada, ao que tudo indica, a punir órgãos encarregados do exercício da regulação. Resumindo a ópera: os instrumentos para interação entre o SBDC e os órgãos reguladores, de todas as esferas da federação, já estão dados e são suficientes para disciplinar a relação entre os envolvidos, preservando as competências de cada um. Não há, por isso, necessidade dessa inovação trazida pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. A regulação não precisa de mais um controlador. ⁸ Urge, assim, discutir e considerar os potenciais efeitos deletérios e contraproducentes dessa mudança trazida pela MP 881 à defesa da concorrência e à regulação no país. A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica não pode ser, em nome de uma economia mais pujante, a lei de aprisionamento dos reguladores brasileiros pelo CADE, cuja missão, convenhamos, não é a de controlar do regulador e sim a de defender a concorrência. ⁹

¹ Embora a referência no Projeto de Lei de Conversão seja ao art. 32 da Lei 12.529/2011, é certo que houve um erro, perceptível pelas disposições legais acrescidas. Trata-se, na realidade, do art. 36 dessa lei. ² Veja-se, para um histórico do comportamento do CADE em setores regulados, cf. Pereira Neto, Caio Mário da Silva; Prado Filho, José Inácio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. Revista Direito GV 23, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, v. 12, n. 23, p.13 - 48, jan./jun. 2016. Os autores observam que “a postura da jurisprudência do CADE é bastante cautelosa no que tange à delimitação dos espaços concorrenciais. O Conselho tem se permitido avaliar e eventualmente apontar falhas em algumas políticas regulatórias que restringem a concorrência. No entanto, o resultado desse tipo de análise

limita-se a requisição ou solicitação de providências para a adequação de molduras regulatórias aos ditames concorrenciais, nos termos do revogado art. 7º, inciso X, da Lei n. 8.884/94, equivalente ao art. 9º, inciso VIII, da Lei n. 12.529/2011” (p. 32). 3 Sobre a experiência do SBDC na função de advocacia da concorrência, cf. Reis Junior, A. J.; Ribas, G. F. C.; Estevão, A. C.; Souza, A. E. L.; Cruz, A. C.; Mori, B. F. F.; Pereira Neto, C. M. S.; Marchiori, C. M.; Mattos, C.; Guimarães, D. A.; Carvalhaes, E.; Romanielo, E. S.; Pelussi, F. Z.; Sampaio, F. A. A.; Carvalho Junior, I.; Ferreira, J. F.; Pereira, J. A. L.; Prado Filho, J. I. F. A.; Domingues, J. O.; Andrade, M. C.; Adami, M. P. ; Cristófar, P. P. S.; Botelho, R. F.; Ribeiro, V. S. *Advocacia da Concorrência: propostas com base nas experiências brasileira e internacional*. 1. ed. São Paulo: Singular, 2016. 4 Sobre o controle judicial da regulação, cf. este texto de Jean-Paul Veiga da Rocha e Diogo R. Coutinho neste portal: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/a-revisao-judicial-da-regulacao-26032019>. 5 Vide, por exemplo, a participação do CADE junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2216901-06.2015.8.26.0000, que discutiu a constitucionalidade de lei do Município de São Paulo que impedia a atuação de aplicativos de transporte individual privado de passageiros. 6 Fazemos referência à minuta elaborada pelos professores Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP, coordenador), Eduardo Jordão (FGV-RJ), Egon Bockmann Moreira (UFPR), Floriano Azevedo Marques Neto (USP), Gustavo Binenbojm (UERJ), Jacintho Arruda Câmara (PUC-SP), José Vicente Santos de Mendonça (UERJ) e Marçal Justen Filho (ex-UFPR). 7 A proposta apresenta a seguinte redação: “art. 24. Fica incluído, no artigo 1.º da lei 7.347, de 1985 [sobre as hipóteses de cabimento da ação civil pública ‘por danos morais e patrimoniais causados’], o seguinte inciso IX: ‘IX - à livre organização ou ao exercício da cidadania, da vida civil ou de atividade econômica privada, por interferência, oneração ou barreira burocrática ilegal ou abusiva, bem como por expropriação administrativa ilegal ou abusiva de direitos” . 8 Para uma importante reflexão a respeito da hipertrofia do controle no país, cf. esta coluna de Maurício Portugal Ribeiro e Eduardo Jordão no Jota: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/o-tc-u-atua-como-gestor-publico-tratemo-lo-como-tal-13112018> 9 Para outras leituras críticas da mesma MP e das ideias a ela subjacentes, veja-se: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/a-utopia-do-laissez-faire-28052019> . (Coutinho) <https://diplomatique.org.br/mercado-total/> (Mouallem) e <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2019/07/a-medida-provisoria-881-liberaliza-em-excesso-o-empreendedorismo-sim.shtml> (Coutinho, Aith, Miola e Liporace).

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

ADAMI, Mateus Piva. CADE, o novo controlador?. jota_import, 6 ago. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/ inova-e-acao/cade-o-novo-controlador>. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colunistas/mateus-piva-adami/cade-o-novo-controlador>. Acesso em: 19 ago. 2026.

APA 7ª edição

Adami, M. P. (2019, August 6). CADE, o novo controlador?. *jota_import*. <https://www.jota.info/coberturas-especiais/ inova-e-acao/cade-o-novo-controlador>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

ADAMI, Mateus Piva. 2019. “CADE, o novo controlador?.” *jota_import*, August 06. <https://www.jota.info/coberturas-especiais/ inova-e-acao/cade-o-novo-controlador>

BibTeX

```
@article{mateus-piva-adami-cade-o-novo-controlador-2019,  
  author = {Adami, Mateus Piva},  
  title = {CADE, o novo controlador?},  
  journal = {jota_import},  
  year = {2019},  
  url = {https://www.jota.info/coberturas-especiais/ inova-e-acao/cade-o-novo-controlador},  
  urldate = {2019-08-06}  
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>

JurisTube — Acervo Digital de Direito
<https://juristube.com.br/colunistas/mateus-piva-adami/cade-o-novo-controlador>
PDF gerado em 2026-08-19 18:46 UTC