

A NOVA LEI DAS AGÊNCIAS REGULADORAS - LEI N.º 13.848/2019 E A INTERFACE COM O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA ORDEM ECONÔMICA – (CADE)

Tiago Nunes da Silva¹

Bruno Bastos de Oliveira²

Marisa Rossignoli³

Resumo: O presente artigo analisa a relevância da atuação das Agências Reguladoras sob a ótica da Lei n.º 13.848/2019 e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – (CADE), como garantidores da estabilidade da ordem econômica. O estudo justifica-se pela notável percepção de condutas tidas como anti-concorrenciais na atividade empresarial que, de certo modo, violam a ordem constitucional, e, sobretudo, os direitos dos consumidores. Objetiva-se aprofundar a discussão sobre algumas mudanças trazidas pela referida Lei, em especial, a atuação conjunta das Agências Reguladoras e do CADE, tendo como principal escopo a busca pelo atendimento e pela preservação do interesse público. Para a realização da pesquisa, observou-se a

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. Pós graduado em Direito Público. Assessor Parlamentar na Câmara Municipal de Uberlândia. Professor na Faculdade ESAMC. Advogado. Consultor em Direito Público.

² Doutor em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília – SP. Advogado e Consultor Jurídico com especialidade na área econômica e fiscal.

³ Doutora em Educação pela UNIMEP-SP, Mestre em Economia pela PUC-SP e graduada em Economia pela UNESP - Araraquara; Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília – SP, Delegada Municipal do Conselho Regional de Economia de São Paulo CORECON-SP para o Município de Marília.

pesquisa bibliográfica, acompanhada do método dedutivo. Em conclusão, nota-se que as normas inerentes ao Direito Econômico, e principalmente, à garantia da ordem econômica prevista constitucionalmente, são de observância do Estado que, em dado momento, reconhece a insuficiência para regular e fiscalizar e, valendo-se da descentralização, cria as Agências Reguladoras e o CADE, para melhor preservação da ordem econômica em homenagem ao princípio da especialidade.

Palavras-Chave: Agências reguladoras. Regulação. CADE. Fiscalização. Ordem econômica.

THE NEW LAW OF REGULATORY AGENCIES - LAW Nr. 13.848 / 2019 AND INTERFACE WITH THE ADMINISTRATIVE COUNCIL FOR DEFENSE OF THE ECONOMIC ORDER - (CADE)

Abstract: The present article analyzes the relevance of Regulatory Agencies' performance from the perspective of Law nr. 13,848 / 2019 and the Administrative Council for Economic Defense (CADE), as persons guaranteeing the stability of the economic order. The study is justified by the remarkable perception of behaviors considered as anti-competitive in business activity that in some way violates the constitutional order, and especially the rights of consumers. The objective is to deepen the discussion about some changes brought by the referred Law, in particular, the joint action of the Regulatory Agencies and CADE, having as main scope, the search for the attendance and preservation of the public interest. For the accomplishment of the research we carried out the bibliographical review followed by the deductive method. In conclusion, we noted that the rules inherent in Economic Law, and especially the guarantee of the constitutionally provided for economic order, are of the State's observance, which, at a given moment, recognizes the

insufficiency to regulate and supervise, and at this moment, using decentralization, it creates the Regulatory Agencies and CADE to better preserve the economic order in honor of the principle of specialty.

Keywords: Supervision. Economic order. Regulation

1 INTRODUÇÃO



nicialmente, faz-se necessário averbar que, com as disposições previstas no Título VII da Constituição de Federal, nota-se a pluralidade de diretrizes pertinentes ao fomento da Ordem Econômica e Financeira, ligadas à distribuição efetiva de bens, serviços, circulação de riquezas, uso da propriedade e tantas outras diretrizes.

Da análise do título VII, especificamente dos artigos 170 a 192, surge a seguinte indagação: é possível identificar uma Constituição econômica no bojo da ordem jurídica pátria? Tendo como base a expressão “Constituição”, como instrumento delimitador do sistema capitalista, inegavelmente, a resposta apresenta-se positiva.

A ordem constitucional econômica deve ser interpretada sob a perspectiva da integração da livre iniciativa com a valorização do trabalho e, de igual modo, noções do planejamento estatal e da liberdade de mercado, sem perder de vista o equilíbrio entre a liberdade da empresa e a regulamentação da atividade econômica.

Ademais, a proposta deste trabalho é verificar a relevância do trabalho que as Agências Reguladoras e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) desempenham para que haja a constante harmonia da liberdade da empresa; todavia, sem afastar das diretrizes consignadas no título VII da Constituição Federal.

O estudo se justifica pela percepção dos constantes atos praticados pelas empresas que, de algum modo, violam as diretrizes tidas como normas vinculadas e não discricionárias, a serem cumpridas pelas empresas, no que se refere à sua atuação, sobretudo na observância dos direitos inerentes aos consumidores.

O presente estudo surge da necessidade da análise da atuação das Agências Reguladoras e do CADE, no caso de violação às diretrizes econômicas por parte das empresas, o que, consequentemente, dará ensejo à abertura do devido processo administrativo.

Para a perquirição de respostas, ou, pelo menos, de compreensões e afirmativas sobre o tema, de maneira mais clara e objetiva, o estudo tem como base a pesquisa bibliográfica e o método de abordagem dedutivo como guias para o desenvolvimento investigativo.

2 GÊNESE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E APONTAMENTO DE ALGUMAS MUDANÇAS COM O ADVENTO DA NOVA LEI N.º 13.848/2019

Nestas linhas introdutórias, é de todo conveniente averbar que as Agências Reguladoras⁴, no rol de sua competência, têm, como uma de suas finalidades, atuar no sentido de proporcionar equilíbrio na relação entre a iniciativa privada e os usuários de serviços públicos. Em decorrência dessa atividade,

⁴ A título de conhecimento, importante mencionar algumas agências reguladoras no Brasil:

- ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, criada pela Lei n.º 9.427/1996;
- ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, criada pela Lei n.º 9.472/1997;
- ANP – Agência Nacional do Petróleo, criada pela Lei n.º 9.478/1997;
- ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, criada pela Lei n.º 9.782/1999;
- ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, criada pela Lei n.º 9.961/2000;
- ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres e ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários, criadas pela Lei n.º 10.233/2001;
- ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil, criada pela Lei n.º 11.182/2005.

infere-se a necessidade de analisar sua atuação, principalmente, após o advento da nova Lei que proporcionou mudanças no modelo outrora estabelecido das Agências Reguladoras.

Todavia, já é oportuno registrar que, pelo formato do trabalho aqui adotado, entende-se pela não possibilidade da abordagem de forma pormenorizada do novo modelo das Agências, cabendo destacar, tão somente, a proposta lançada sobre os reflexos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – (CADE), em interface com as Agências Reguladoras.

Feitos esses apontamentos, é de grande importância compreender a organização administrativa brasileira que, hodiernamente, apresenta-se no modelo de Administração Pública direta e indireta. Essa abordagem configura-se como essencial, a fim de identificar a posição ocupada pelas Agências Reguladoras no Direito brasileiro.

A despeito da primeira organização, essa administração é estruturada de “[...] unidades de atuação que englobam um conjunto de pessoas e meios materiais ordenados para realizar uma atribuição predeterminada” (MEDAUAR, 2009, p. 175), atuação essa exteriorizada por meio dos Ministérios (União) e de Secretarias (Distrito Federal, Estados, Municípios) pela figura dos órgãos públicos (desconcentração), que não são detentores de personalidade jurídica.

Em relação ao segundo modelo de organização, conhecido como Administração Pública indireta (descentralização), do ponto de vista legal, a previsão está contida no Decreto-Lei 200 de 1967, em seu artigo 4º, inciso II⁵.

No processo de modernização do Estado brasileiro, foi criado um grupo especial de autarquias, denominadas de

⁵ Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista. d) fundações públicas.

Agências Reguladoras, com o objetivo de controlar as atividades das pessoas privadas incumbidas da prestação de serviços públicos⁶, para evitar abusos, bem como intervir no domínio econômico, a fim de preservar a segurança jurídica na relação de comércio, e também aos usuários dos serviços públicos prestados pelos particulares.

As Agências Reguladoras representam figura introduzida pela Reforma Administrativa dos anos 1990, quando houve a necessidade de desenvolver a atividade regulatória do Estado por meio das pessoas jurídicas de direito público, com atuação independente, que deram origem, portanto, às agências reguladoras.

Dessa forma, é possível afirmar que foram instituídas com o Programa Nacional de Desestatização, com o objetivo de reduzir o déficit público; foram repassadas à iniciativa privada atividades que eram dispendiosas para o Estado e transferidos determinados serviços públicos ao setor privado, com intenção de reduzir os gastos e buscar maior eficiência na prestação de tais serviços (SILVA, 2018, p. 89).

A Lei n.º 9.491/1997 deu origem ao Plano Nacional de Desestatização – (PND) e tem, como um de seus objetivos, a redução do déficit público e a organização das finanças governamentais. Para o alcance de tal objetivo, iniciou-se a o paradigma de transferência à iniciativa privada de determinadas atividades até então típicas do Estado, no entanto, exteriorizadas de forma dispendiosa e ineficiente.

Ademais, em decorrência dessa nova postura do Estado

⁶ Silveira (2016), em pesquisa sobre o tema, deixou o seu entendimento: “Assim, serviço público, nesta visão, engloba uma noção extremamente ampla na medida em que qualquer serviço prestado pelo Estado estaria envolto nesta concepção, podendo-se apenas reclassificá-lo a partir de sua natureza, ou seja, como sendo uma atividade de cariz legislativo, executivo ou judicial. Por esta via entendimento, Duguit permite uma transformação na doutrina publicística francesa (e contemporânea como um todo), na medida em que substitui a noção de serviço público como *poder* do Estado sobre o indivíduo pela ideia de *serviços* prestados aos administrados, remodelando o enfoque e inclusive as funções desse Estado”.

de privatizar determinados serviços públicos, em virtude da necessidade da fiscalização e do controle das atividades delegadas à iniciativa privada, por parte do Estado, viu-se a necessidade de criar a autarquia em regime especial, tradicionalmente conhecida, no Brasil, como Agências Reguladoras, a fim de fiscalizar, regular e normatizar a prestação de serviços públicos prestados por particulares e, sobretudo, coibir lucros desenfreios à iniciativa privada, o que, certamente, restaria em prejuízo à coletividade.

Nesse passo, cabe reiterar que as Agências Reguladoras foram instituídas, a princípio, embasadas pelas novas orientações descritas nos Artigos 21⁷, XI e Artigo 177⁸, § 2º, III, ambos da Constituição de 1988, com redações advindas da Emenda Constitucional n.ºs 8 (oito) e 9 (nove) de 1995. Surgiu, assim, a previsão para criação de órgãos referentes ao controle de determinados setores privatizados, que ensejou, de tal modo, a gênese das agências reguladoras, sob a forma de autarquias em regime especial, cuja atribuição principal é o exercício da função regulatória de cunho técnico, das atividades prestadas por particulares, que envolvam a prestação de serviços públicos e, sobretudo, o conteúdo econômico voltado para a proteção da coletividade.

Ademais, o Governo houve por bem intervir na Economia por meio das Agências Reguladoras, embasado no interesse público⁹, a fim de perseguir prestação eficiente das atividades

⁷ Art. 21. Compete à União: [...] - XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

⁸ Art. 177. Constituem monopólio da União: [...] - § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: [...] - III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

⁹ Interesse público, para Borges (2004, p. 198), é conceituado como: 1. O interesse público é um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores. 2. Esse interesse passa a ser público, quando dele participam e compartilham um tal número de pessoas, componentes de uma comunidade determinada, que o mesmo

econômicas para retificação das falhas apresentadas no mercado, na busca da realização de objetivos coletivos e garantia de fornecimento de determinados serviços públicos para a coletividade.

Nesse sentido, Salomão Filho (2008, p. 17) averbou que a regulação com a limitação do poder econômico das instituições, é um elemento externo que impede a concentração econômica, limita o poder econômico das instituições financeiras e, conseqüentemente, protege o consumidor de abusos. Nota-se, que o resultado dessa atuação, tem como objetivo, fazer com o interesse da coletividade seja realmente resguardado.

Nessa ótica, importante trazer à baila, a lição de Dias e Oliveira (2017, p.179) os quais destacam que o poder econômico tem capacidade de se tornar o maior deteriorador dos objetivos de um Estado Social e, em virtude dessa característica, torna-se necessária que uma regulação seja construída pelo próprio Estado, com o objetivo de impedir que interesses privados sobrelevem aos interesses públicos, procurando afastar da seara pública, a influência nefasta dos interesses estritamente privados. Daí, infere-se, o papel relevantíssimo das Agências Reguladoras.

Portanto, nota-se que o fundamento da criação das Agências Reguladoras está intrinsecamente relacionado à necessidade de órgãos e/ou pessoas responsáveis de fiscalizar, normatizar e regular a exploração de determinados serviços públicos essenciais à população, serviços esses que devem ser prestados com qualidade, prezando sempre pelo interesse público primário e, sobretudo, preservando o equilíbrio econômico referente ao custo do serviço público.

Logo, a esta altura, vislumbra-se, de forma solar, que as Agências Reguladoras foram instituídas para colaborar com o Estado, principalmente no que refere à fiscalização da execução

passa a ser também identificado como interesse de todo o grupo, pelos menos, como um querer valorativo predominante da comunidade..

de determinados serviços públicos prestados pela iniciativa privada. Tanto é assim, que a Constituição de 1988 em seu Artigo 174 aduz que o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, de incentivo e de planejamento. Portanto, é conveniente extrair o entendimento de que as Agências Reguladoras resultam diretamente do regime de desestatização.

Traçando algumas características inovadoras sob a ótica na nova Lei das Agências Reguladoras¹⁰, fora consignada a adoção de práticas de gestão de riscos e de controle interno, bem como a elaboração de programa de integridade – *Compliance*, visando à prevenção de fraudes e de atos de corrupção.

A despeito do processo decisório das Agências Reguladoras, a nova Lei ressaltou a relevância do princípio da proporcionalidade, de modo a observar a devida adequação entre os meios e os fins, nas obrigações e restrições impostas no exercício de sua atividade, sem perder de vista, jamais, o interesse público.

O novo sistema, como se pode observar, impôs que os atos regulatórios devem ser precedidos de Análise de Impacto Regulatório – (AIR). Do ponto de vista prático, significa dizer que as propostas de alteração dos atos normativos de interesse dos agentes econômicos, dos usuários de serviços públicos, quando prestados por particulares, e os reflexos causados nos consumidores, deverão — repete-se — ser precedidas da Análise de Impacto Regulatório, cabendo, neste caso, ao Presidente da República, a competência para editar o Decreto Regulamentador do conteúdo da AIR.

Outro aspecto relevante diz respeito à audiência pública¹¹ como instrumento de efetivação da democracia, em especial,

¹⁰ Sobre tais mudanças, ressalte-se que não se constitui como objetivo no presente trabalho, o comentário pormenorizado de todas as alterações inerente à nova Lei das Agências Reguladoras. Portanto, valorando a didática e o espaço para a proposta do trabalho aqui adotado (artigo científico), serão feitos, tão somente, alguns apontamentos que são reputados como mais relevantes para o presente trabalho.

¹¹ A Lei do Processo Administrativo – Lei n.º 9.784/199, em seu art. 32 prevê a

no que se refere à tomada de decisão por meio da manifestação oral dos interessados em sessão previamente designada para dialogar acerca da matéria.

Chama a atenção a figura do ouvidor nas Agências Reguladoras. Em cada Agência, haverá um ouvidor que atuará sem subordinação hierárquica, estando ele proibido de exercer outras atividades. Segundo a Lei, o ouvidor terá acesso aos processos e deve manter o sigilo das informações tidas como confidenciais, e responsável pela elaboração de relatórios a serem encaminhados ao Conselho Diretor. Por último, sua escolha se dará após a arguição pública pelo Senado Federal nos moldes do artigo 52, III, da Constituição Federal.

Outro aspecto que merece destaque versa sobre a interação das Agências Reguladoras com órgãos de defesa da concorrência. Segundo a Lei, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), fará a notificação de sua decisão sobre condutas anticompetitivas, praticadas no exercício das atividades reguladas, no prazo de 48 horas após a publicação do acórdão, para que sejam tomadas as devidas providências, razão pela qual se delimitou no título a interface das Agências Reguladoras com o CADE.

Ainda, na abordagem dos principais pontos da nova Lei das Agências Reguladoras, destaca-se a comunicação com os órgãos de defesa do consumidor, ou seja, com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), e com o Ministério da Justiça e Segurança Pública a fim de zelar pelo cumprimento da legislação inerente ao consumidor.

A Lei previu, ainda, a possibilidade do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC)¹². As Agências Reguladoras poderão celebrar, com força de título extrajudicial, com pessoas físicas e, de igual modo, com as pessoas jurídicas vinculadas à sua

audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

¹² Sobre o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), recomenda-se a obra de DIAS e NUNES (2019).

competência regulatória.

Por derradeiro, no tocante às Agências Reguladoras, convém averbar que fora incorporado no Direito Administrativo brasileiro, como instrumento bastante moderno e eficiente de intervenção na Economia e, sobretudo, na defesa do consumidor, tendo como objetivo, também, a fiscalização da execução dos serviços prestados pela iniciativa privada.

3 BREVE ABORDAGEM DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE

O tema em foco, a despeito de sua previsão normativa, foi concebido pela Lei n.º 4.137/1962, que fora responsável pelo surgimento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

No que diz respeito aos mecanismos protetivos comerciais e econômicos, cumpre anotar que passaram a ter aplicabilidade no período pós-Segunda Guerra. Ademais, é importante destacar, desde logo, as atividades empresariais eram averiguadas sob a guarda constante do Estado, ou seja, de forma direta. Em decorrência disso, ao que parece, é possível afirmar que, naquele lapso temporal, o CADE não alcançou os efeitos para os quais fora criado, ou seja, não desempenhava sua principal função no sentido de regular a concorrência.

Outro ponto a destacar é que, nesse período, instaurou-se a frequente atuação do Poder Judiciário como principal reformador das decisões emanadas do Estado em parceria com o CADE, em virtude da forma e dos critérios utilizados para o então controle de preços, tornando, relativamente, de pouca valia as decisões do CADE.

Nesse sentido, por oportuno, torna-se imprescindível consignar as lições de Vinícius Marques e Carlos Emmanuel.

As decisões do CADE foram frequentemente reformuladas pelo Poder Judiciário, já que muitas das condenações de empresas por abusos aplicadas no período forma anuladas na

Justiça. Em parte, havia dificuldade na produção de provas irrefutáveis das práticas anticompetitiva (CARVALHO e RAGAZZO, 2013, p. 43).

Por outro lado, a respeito do CADE, desde a sua concepção, é importante averbar alguns de seus objetivos no âmbito de sua funcionalidade, que se caracterizam como fiscalização, prevenção, orientação e prevenção do abuso econômico.

Outrossim, é possível afirmar que, inerente à atuação do CADE, sempre ocorrera de forma preventiva e repressiva em face de condutas classificadas como ameaçadoras, como dito, ao poder econômico. Entretanto, em que pese demonstrado o âmbito de atuação do CADE, imprescindível, portanto, destacar um ponto de extrema relevância.

Como se vê, em decorrência da natureza jurídica do CADE, ter sido concebida como na condição de órgão, por essa razão, não haveria que se falar em plena autonomia, noutras palavras, independência em sua atuação.

Nesse passo, imperioso destacar que a natureza jurídica do CADE fora alterada com o advento da Lei n.º 8.884/1994, passando a assumir, portanto, a natureza jurídica de autarquia. Dentro dos objetivos da referida lei, com a mudança de sua natureza jurídica, o CADE alcançou maior volume de musculatura, no sentido de mais força preventiva e repressiva e passou a gozar de autonomia administrativa e orçamentária.

Registre-se, no entanto, que mesmo após a mudança da natureza jurídica do CADE, e que assumiu a identidade de autarquia, ainda sim, em decorrência de alguns pontos específicos juridicamente dizendo, por exemplo, o controle posterior à realização da fusão de empresas, viu-se, que não estava atendendo a contento, a preservação de forma segura, no que refere ao contexto econômico brasileiro.

Verificadas tais questões, entre outras, deu-se ensejo à Lei n.º 12.529/2011 – conhecida como Lei Antitruste. No que tange ao termo antitruste, Eduardo Gaban, assim leciona que:

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).

É de se reconhecer, contudo, que a referida Lei Antitruste proporcionou uma ampla alteração no modo de atuação do CADE e deu ensejo a maior eficiência na atuação do Conselho, no que se refere às análises de grandes vultos econômicos. Como dito, com base na ampliação do modo de operar do CADE, proveniente da Lei n.º 12.529/2011 – Lei antitruste, percebe-se, a título de exemplo, que a instrumentalização de determinados institutos foi modificada, como a Termo de Compromisso de Desempenho – TCD, fora substituído pelo Acordo em Controle de Concentrações – ACC, que assim dispõe:

O Acordo em Controle de Concentrações – 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, 2016a).

Como se vê, com o advento da Lei n.º 12.529/2011, o CADE ganhou maior liberdade, no que toca à fiscalização de condutas praticadas pelas empresas, condutas estas tipificadas como concentração de empresas, das quais resulta grave ofensa do poder econômico brasileiro. Do ponto de vista legal, a previsão restou consignada no artigo 36¹³ da referida lei, valendo ressaltar que, uma vez identificadas tais violações, haverá a

¹³ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante [...].

necessidade da instauração de processo administrativo pela autoridade hierárquica da autarquia, a fim de averiguar possíveis irregularidades.

Ainda no que concerne à atuação do CADE, importante destacar que, com o advento da Lei n.º 12.520/2011 viu-se que houve significativa proteção do conhecido princípio da livre concorrência a despeito de atos de concentração¹⁴ que, não raras vezes, ocorrem no mercado. Nesse viés, a referida legislação¹⁵ consignou os atos classificados como atos de concentração, que, uma vez praticados, poderão causar lesão à ordem econômica brasileira, ensejando, ademais, a análise pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Impõe-se, contudo, deixar registradas críticas no que refere ao artigo 88, ora consignado no bojo do artigo 90 da Lei n.º 12.529/2011. Da leitura do mencionado artigo 88, não parece razoável a dispensa de análise feita pelo CADE, em determinados atos de concentração, em negociações em que os valores não forem tidos como expressivos e/ou de grande vulto.

É mister averbar que, da forma como se encontra, a

¹⁴ Frade e Baracho (2013, p. 162-182) conceituam a expressão “concentração” como: “percebe-se que na realização de um ato de concentração existem, em um primeiro momento, dois agentes dotados de autonomia decisória”. Por exemplo, fusão. E continuam: “posteriormente, tais centros decisórios se unificam em um só partícipe ou em um novo ente, tendo ocorrido modificação na estrutura proprietária ou de gestão, no mínimo, um dos partícipes”.

¹⁵ 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.

presente legislação não harmoniza com o ideal de justiça social e, de igual modo, com o princípio da livre concorrência, por vez que sua atuação não ocorre de forma isonômica, limitando-se, portanto, somente à análise de vultosas operações nos grandes centros. No entanto, nos pequenos centros, uma vez não contemplados os valores ora previstos, em tese, restará prejudicada a análise ensejando, de tal modo, graves consequências à ordem econômica.

Há, ainda, outra parte relevante da Lei n.º 12.529/2011, que merece registro. O artigo 36¹⁶ da referida Lei atribuiu competência ao CADE, no sentido de atuar no combate às condutas classificadas como anticoncorrenciais. Sobre essa expressão, Bagnoli (2017, p. 358) conceituou como “[...] 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”.

Conclui-se, dessa maneira, a notória relevância da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, como garantidor da estabilidade da ordem econômica, sobretudo atuando de modo a resguardar o direito fundamental na defesa do consumidor, direito este, infelizmente, ainda pouco valorado no Brasil.

Tema que chama atenção diz respeito à recorribilidade das decisões proferidas pelo CADE. Instaurou-se certa

¹⁶ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. [...]

polêmica, tendo como principal argumento o esvaziamento das decisões emanadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, em decorrência da atuação invasiva do Poder Judiciário, no sentido de nova apreciação em face das decisões proferidas pelo referido Conselho. A par desses apontamentos, passa-se ao enfrentamento da matéria, a fim de obter uma resposta revestida da mais ampla segurança jurídica possível.

Convém relembrar que o CADE apresenta-se, do ponto de vista jurídico, como autarquia responsável por zelar pela livre concorrência no mercado econômico, detendo, dessa maneira, competência para fiscalizar e, de igual modo, julgar matérias que, de alguma forma, afrontem a ordem econômica.

É de se reconhecer, contudo, que, quando há atuações exercendo função de julgador, lidando com questões não só jurídicas, mas também com implicações sobre o mercado econômico, surgindo, nesse passo, possíveis conflitos entre o interesse privado *versus* o interesse público e análise de legalidade *versus* ilegalidade; justifica-se a presente indagação, com o intuito de se averiguar sobre a possibilidade de se recorrer da decisão emanada pelo conselho.

Pelo que já fora exposto, por via de consequência, cabe sublinhar que o órgão julgador do CADE não exerce função jurisdicional, que é privativa do Poder Judiciário. Por didática, entende-se não ser conveniente a abordagem da estrutura do Poder Judiciário, conforme prevê o artigo 92 da Constituição Federal.

Faz-se necessário, ainda, deixar muito claro que as decisões do CADE, bem como seus procedimentos internos, possuem natureza meramente administrativa. Desse modo, avulta ressaltar, por oportuno, que, hodiernamente, não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, o modelo de contencioso administrativo independente, muito embora haja ato decisório de um tribunal, após o exaurimento dos recursos administrativos permitidos, afirma-se, que tais decisões, ainda sim, estarão sujeitas ao controle do Poder Judiciário, por expressa previsão do acesso à

Justiça, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Do aspecto conceitual inerente ao acesso à Justiça, convém averbar o apresentado por Santos (2019, p. 150):

O acesso à Justiça implica a garantia fundamental ao processo constitucionalmente estabelecido (englobando-se aqui todas as garantias fundamentais do modelo constitucional de processo, bem como os meios e mecanismos que garantem o acesso isonômico de todos os cidadãos à Justiça como gratuidade do processo para os pobres, a assistência jurídica gratuita, a inversão do ônus da prova em caso de hipossuficiência etc.) que vise dar uma solução adequada e justa (de acordo com o ordenamento jurídico constitucional) aos casos concretos levados à apreciação do Poder Judiciário que, por sua vez, deve agir em conformidade com os preceitos constitucionais [...].

Desse modo, parece pertinente registrar que, por meio desse princípio, todos têm acesso à Justiça para pleitear a tutela jurisdicional preventiva ou reparatória e lesão ou ameaça de lesão. Importante assinalar que, do referido princípio, depreende-se a noção de direito público subjetivo, conferindo aos cidadãos, bem como às pessoas jurídicas de direito privado e, de igual modo, as de direito público, a faculdade de invocar a prestação jurisdicional no momento em que se instaurar conflito de interesse entre privados, ou mesmo, na seara do privado *versus* público.

Dito isso, é preciso dar relevo também a outro sentido, que, por vez, insere-se na extensão da apreciação feita pelo Poder Judiciário da decisão proferida pelo CADE. A controvérsia já possuiu acirradas discussões sobre o principal motivo: se a apreciação deva ser classificada como ampla (fato e mérito) ou contida (meramente questões formais).

Para melhor compreensão acerca da classificação, é possível afirmar que, na apreciação ampla, o controle constitui-se inserido na reanálise do conteúdo material; ensejando, de tal modo, a revisão e, quiçá, a modificação do conteúdo decisório. De outro lado, no que tange à apreciação contida, é aquela de

cunho meramente formal, ou seja, se foi oportunizado o devido processo legal, bem como aspectos formais, no que diz respeito aos elementos do ato administrativo, conforme prevê o artigo 2º¹⁷, da Lei n.º 4.717/1965 – Lei da Ação Popular.

Todavia, no que refere à judicialização das decisões emanadas pelo CADE, o Superior Tribunal de Justiça – STJ afirmou que “[...] muito embora funcione institucionalmente como um tribunal julgante, o CADE não perde a sua vinculação ao Poder Executivo”. E dessa maneira, “por essa razão dentro da ideia de *checks and balances* (freios e contrapesos), as decisões do CADE não fogem à regra da ampla revisão do Poder Judiciário”.¹⁸

Em síntese, é possível afirmar-se, mesmo com as divergências existentes, que cancelar a tese da impossibilidade de o Poder Judiciário reanalisar as decisões emanadas pelo CADE não parece razoável. Já sobre o tópico discursivo de opositores de o Poder Judiciário não deter a competência de reanalisar, tendo como justificativa a burla do princípio da separação dos poderes apresenta-se frágil.

Assim sendo, é imprescindível compreender que a matéria ora enfrentada, encontra-se alojada no bojo da organização interna do Estado brasileiro e, de igual modo, no núcleo central do ordenamento jurídico, ou seja, na Constituição Federal; quer seja o aspecto formal quer seja o aspecto material, no que se refere à ordem econômica brasileira, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ao Poder Judiciário, desde que, provocado legitimamente, a prestação da tutela jurisdicional deverá ser prestada, não restando, desse modo, discricionariedade pelo judiciário no caso em questão.

¹⁷ Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade.

¹⁸ STJ, Recurso Especial Nº. 1.181.643 – RS (2010/0028927-4), julgado em 09 de agosto de 2011.

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A ORDEM ECONÔMICA

Um dos objetivos do presente tópico, diz respeito à abordagem das Agências Reguladoras em conjunto com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, na defesa da proteção da ordem econômica nos moldes estabelecidos pela Constituição Federal.

Nesse sentido, faz-se necessário analisar a classificação da Ordem Econômica e Financeira consignada na atual Constituição no Título VII, a partir do Artigo 170, *caput*¹⁹, segundo o conceito ora registrado por alguns autores. A par dessas linhas introdutórias, entende-se pela necessidade da análise conceitual da matéria em discussão.

De acordo com Tácito (1997, p. 1.135):

A ordem constitucional econômica deve ser interpretada através de exegese construtiva, integrando a livre iniciativa com a valorização do trabalho, as noções do planejamento estatal e da liberdade de mercado, visando o equilíbrio harmônico entre a liberdade da empresa e a regulamentação da atividade econômica. À luz dessa ambivalência devem ser entendidas e interpretadas as linhas mestras da ordem econômica na vigente Constituição.

Destaque-se, também, o conceito segundo Bulos (2008, p. 1.258):

Ordem econômica e financeira nos parâmetros fixados pelo constituinte significa organização de elementos ligados à distribuição efetiva de bens, serviços, circulação de riquezas, uso da propriedade, evidenciando, também, aquelas relações de cunho monetário, travadas entre indivíduos e destes com o Estado.

Entre alguns dos objetivos da ordem econômica, é relevante destacar que se apresenta como instrumento essencial no campo jurídico para o desenvolvimento de uma Economia segura e, ainda, deve fomentar condições para o seu constante

¹⁹ Art. 170. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”.

equilíbrio nas relações com a atividade privada.

A intervenção do Estado no domínio econômico ainda deve estabelecer como objetivo a preservação e a garantia da estabilidade, no que concerne à manutenção da função social à propriedade e à constante redução das desigualdades sociais, pois, só assim, as conquistas provenientes do liberalismo econômico estarão seguras.²⁰

No que respeita ao tema sob enfoque, é importante fazer referência à livre concorrência e à livre iniciativa. Advirta-se, todavia, que, ao passar pelo estudo do desenvolvimento econômico, não há como deixar de lado os princípios apontados, que, sem sombra de dúvida, são considerados como elementos indispensáveis e norteadores do desdobramento do estudo, no que concerne ao aspecto econômico. Ademais, é válido consignar, ainda que amplamente, o quanto a Constituição Federal fez menção à matéria (destaca-se aqui o texto dos artigos 1º, 3º, 5º e 170 da Constituição Federal).

Para melhor elucidação sobre a livre concorrência, Silva (1998, p. 876) assim conceitua:

A livre concorrência está configurada no artigo 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 antissocial. Cabe,

²⁰ FONSECA (2005, p. 241). Nesse ponto, o referido autor expõe o seguinte entendimento sobre as razões que fizeram o Estado moderno a intervir no domínio econômico: “A segunda razão consiste nos critérios de equidade na distribuição. Ante a insuficiência dos puros e naturais critérios econômicos-capitalistas, torna-se necessária a intervenção estatal para se eliminarem as desigualdades. O Estado assume o compromisso de atuar na justa distributiva, buscando uma justa distribuição da renda”.

então, ao Estado coibir este abuso.

A partir do conceito exposto, depreende-se que esse princípio tem por finalidade resguardar a concorrência de mercados econômicos, no sentido de impor balizas aos agentes econômicos, para que busquem desenvolver suas operações empresariais com equidade, juntamente com os demais setores de sua atividade empresarial. Desse modo, Vaz (1993, p. 27) considera que a concorrência pressupõe:

Uma ação desenvolvida por um grande número de competidores, atuando livremente no mercado de um mesmo produto, de maneira que a oferta e a procura provenham de compradores ou vendedores cuja igualdade de condições os impeça de influir, de modo permanente e duradouro, nos preços de bens ou serviços.

Para se compreender a relevância do princípio da livre concorrência, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 646 que dispõe: “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”.

Scaff (2006, p. 110-111) traz pontuações acerca da livre concorrência, que merecem destaque:

[...] Já a livre-concorrência funda-se primordialmente na isonomia, e não na liberdade (a qual, embora não esteja afastada, não é primordial). Busca-se criar as condições para que se realize um sistema de concorrência perfeita, dentro dos objetivos propostos pela Constituição da República em seu artigo 3º, e respeitando os princípios da ordem econômica. Para que possa existir livre concorrência é imperioso que haja isonomia entre os contendores na arena do mercado. A livre-concorrência repudia os monopólios, pois eles são sua antítese, sua negação. Cabe ao Estado criar condições para que haja livre concorrência, não apenas com sua inação (exercício da liberdade), mas com ações concretas, reprimindo o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Como se refere o *caput* do artigo 170, ele se insere em ordem econômica que é “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” e que tem por fim “assegurar a todos

existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Ribeiro (2012, p. 259), sobre livre concorrência, apresentou que:

A livre concorrência significa a garantia de que tais atividades econômicas serão exercidas de modo a que as habilidades de cada um determinem o seu êxito ou o seu insucesso, não podendo o Estado, em princípio, favorecer ou desfavorecer artificialmente este ou aquele agente econômico. É importante destacar que a livre concorrência não permite uma concorrência ilimitada e desregrada entre os diferentes agentes econômicos.

Importa, pois, salientar que a livre iniciativa deve ser guiada por regras impostas pelo Estado, para que, dessa forma, possa haver sempre a possibilidade de as empresas competirem de forma justa e leal. É interessante observar, nesse passo, que a referida autora destaca, de forma solar, qual o escopo que deva ter a livre concorrência. Assim, Ribeiro (2012, p. 263-264) considera ainda que:

Deve, no entanto, ter como objetivo, um equilíbrio que deve se prestar, segundo a Constituição, de instrumento para o alcance de outros valores, destacando-se que deve assegurar a existência digna de todos, os valores sociais da justiça social com base no trabalho humano e na livre iniciativa.

[...]

Tal princípio só tem lugar onde houver um sistema de Economia de mercado, vez que sua finalidade é garantir manutenção do justo equilíbrio entre a oferta e a procura, garantindo assim a liberdade de ação do mercado, sem interferências do Estado. Pode-se afirmar, no entanto, que a adoção da Economia de mercado e a consagração da livre concorrência como princípio constitucional econômico não conflitam com a intervenção na Economia. Ao contrário, complementam-se, porque o Estado atua justamente para assegurar a concorrência.

[...]

Ocorrendo, no entanto, o desequilíbrio ou falhas no mecanismo de mercado, a intervenção econômica é necessária para assegurar a manutenção da concorrência cabendo ao Estado intervir conforme as disposições pertinentes.

É pertinente, entretanto, assinalar, neste passo, que há

autores que tecem severas considerações sobre o modo pelo qual a livre concorrência, bem como a livre iniciativa, têm sido aplicadas no Brasil atualmente. Sobre o tema, vale a pena destacar as palavras de Otacílio Silveira Neto (2013, p. 75):

A despeito de a Constituição Federal estabelecê-las amplamente, inclusive mais de uma vez ao longo do corpo do texto, na prática, tanto a livre concorrência como a livre-iniciativa no Brasil são institutos extremamente mitigados tanto pela ausência (quando deveria agir e não age, como nitidamente é da defesa econômica) quanto pela presença excessiva do Estado brasileiro no campo econômico (como é o caso da tributação excessiva sobre a propriedade e os entraves burocráticos no comércio).

Uma vez qualificadas e apontadas as críticas à aplicabilidade da livre concorrência e a livre iniciativa, ainda se faz mister aventar outras questões. É inóvável que o constituinte, de modo claro, deixou registrado o seu interesse por um ordenamento econômico dualista ou também conhecido como composto.

Como se pode observar, afinal, a ordem econômica prevista na Constituição de 1988 está estribada em princípios e em soluções contraditórios. Desde já, contudo, cabe uma advertência: é possível perceber que ainda paira uma abertura para a influência preponderante de um capitalismo neoliberal *versus* um intervencionismo sistemático. Ou seja, ora o Estado age na defensiva, ora age impondo deveres que, conseqüentemente, dificultam o livre desenvolvimento econômico.

De outro ângulo, o princípio da livre concorrência não se atrela ao abuso do poder econômico. Entretanto, o seu uso descomedido e contra a ética social enseja a rápida intervenção do Estado para coibir excessos. A despeito da livre iniciativa, comumente é tida como instrumento que vela pela liberdade não apenas da atividade empresarial, mas *prima* também pelo trabalho. Sob outra vertente, a livre iniciativa é a expressão do trabalho e, por esse motivo, sempre deve preservar a busca pelo trabalho livre. Todavia, importa ressaltar que a Constituição só não

preservou a livre iniciativa nas atividades consideradas de iniciativa do Estado.

Advirta-se, por oportuno, que mesmo diante de certas atividades serem de iniciativa do Estado, não significa dizer que tal atividade deva ser prestada pela Administração Pública direta. Por essa razão, tem origem o surgimento da concessão e da permissão de serviços públicos²¹ no plano constitucional, conforme dispõe o Artigo 175: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

A vigente Constituição adotou, dessa feita, as possibilidades da concessão e da permissão de serviços públicos a empresas particulares. A propósito, ainda cabe destacar a participação do Estado na atividade econômica, conforme estabelecido pela Constituição Federal em seu Artigo 173, § 1º.

A despeito dos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, restou demonstrado a sua importância axiológica para toda a base da ordem econômica brasileira, a fim de coibir abusos e garantir liberdade. Todavia, é necessário atentar que, sendo o Estado gestor do interesse primário, ele não se pode valer de suas prerrogativas e comodidades para aviltar interesses que não abarquem o interesse coletivo.

É de se compreender, também que, nas relações econômicas modernas, o Estado delegue ao particular, por via legal a prestação de determinados serviços públicos, o que urge dizer que, por delegar, não há que se falar em descaracterização do serviço como público.

O certo é que, no Direito moderno, é compreensível a participação do Estado nas relações econômicas. Antes, entretanto, deve anotar-se que ao Estado cabe sempre o dever de resguardar a livre concorrência bem como a livre iniciativa, para

²¹ Regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos tem previsão no art. 175 da Constituição Federal e fora regulamentado pela Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

que haja constante equilíbrio na relação econômica entre particulares e o Estado empresarial.

No que se refere à atuação das Agências Reguladoras em conjunto com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, não restam dúvidas de que atuam no paradigma de intervenção, a fim de resguardar a Economia e, sobretudo, a forma pela qual o serviço público é prestado.

Sendo mais objetivo, incumbe às Agências Reguladoras a função de editar normas, fiscalizar e aplicar sanções em decorrência de práticas abusivas em face do mercado econômico e, de igual modo, aos consumidores. Por exemplo: serviços de telecomunicações.

Outro ponto relevante inerente à atuação das Agências Reguladoras, em prol do da estabilidade, ou seja, da segurança jurídica dos valores cobrados pelas empresas pelo serviço prestado aos consumidores, assenta no poder de polícia que as Agências Reguladoras exercem, claro, por força de lei, no sentido de repressão. Para melhor compreensão, cabe citar a aplicação de multas por condutas tidas como abusivas, repete-se: tanto no mercado econômico (concorrência desleal); e face aos direitos do consumidor.

Ao mencionar a concorrência desleal, apresenta-se inevitável a atuação do CADE. Isso, por ser a autarquia responsável pela manutenção da estabilidade acerca da livre concorrência no mercado, cabendo a ela assumir o papel investigativo e, sobretudo, a decisão em última instância no que toca à deflagração de condutas anticoncorrenciais, não perdendo de vista também, a responsabilidade pelo fomento da livre concorrência.

Em síntese, vislumbra-se a relevância das Agências Reguladoras em interface com o CADE, na defesa da manutenção da concorrência, sem que essa atropela alguns aspectos como: a não formação de cartéis e/ou monopólios de mercado livre, o que em face da não observância, ensejará atuação de ambos conforme dispõe a nova Lei das Agências Reguladoras.

Por derradeiro, percebe-se que o Estado assumiu a postura de um paradigma capitalista, podendo dizer, “reservado”, e ao mesmo tempo, valendo-se das Agências Reguladoras e do CADE, não perdeu a figura de agente normativo e, de igual modo, o seu império regulador, no que refere tipicamente às atividades econômicas da atuação empresarial.

CONCLUSÃO

Do presente estudo nota-se que, das diversas diretrizes consignadas no centro da ordem econômica constitucional, apresenta-se como requisito imprescindível a necessidade de harmonização, no tocante à liberdade de concorrência *versus* a necessidade de respeitabilidade aos limites que ora se observa da leitura das diretrizes impostas pela ordem econômica.

O princípio da livre concorrência não serve como estribo, a partir do momento em que se depara com o abuso do poder econômico. Aliás, a Constituição não reprova o exercício legal do poder econômico. Todavia, como se sabe, no seu uso desarrazoado e antissocial, necessita-se da rápida e precisa intervenção do Estado, a fim de coibir o que é tido como excesso, para que o interesse público não seja violado. Frise-se, ainda, que, no tocante ao excesso, práticas tidas como abusivas, que emanam do capitalismo monopolista, dos cartéis, não encontram guarida na Constituição Federal de 1988.

Em face das constantes práticas abusivas, decorre a clara percepção da importância que as Agências Reguladoras e o CADE desempenham em prol da manutenção da harmonização entre a liberdade de concorrência, mas sempre com vistas à submissão das diretrizes conforme se depreende do título VII, da Constituição Federal.

No curso do processo administrativo para apuração de falta por parte das empresas, havendo necessidade, ao CADE incide a prerrogativa de decretar sigilo, para que haja segurança no

trâmite do processo com o firme propósito de preservar o interesse público.

No que concerne aos defensores da impossibilidade da decretação do sigilo, tendo a violação do devido processo legal como principal argumento, vê-se, com base no que restou consignado no presente estudo, que tal afirmativa não prospera, pelo fato do livre acesso às partes, não comportando, dessa maneira, acesso a terceiros.

Por derradeiro, em que pese haver a previsão da livre iniciativa, a livre concorrência, não há como abordar tais temáticas, isoladamente, ou seja, desvincilhadas do direito do consumidor, cabendo, neste caso, portanto, a obrigação do Estado de regulamentar e de fiscalizar a atividade empresarial por meio dos órgãos, e pessoas (autarquias) legitimadas nos moldes da Constituição Federal, para que, desse modo, não ocorra ausência por parte do Estado como agente fiscalizador na relação à preservação dos direitos inerentes a empresa e consumidor.



REFERÊNCIAS

- BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico e Concorrencial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BORGES, Alice Maria Gonzales. *Temas do Direito Administrativo atual* (Estudos e Pareceres). Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CADE CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia Análise de atos de concentração*

- horizontal*. 2016. Disponível em: <http://www.CADE.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-atos-de-concentracao-economica>. Acesso em 21 de jun. de 2019.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013.
- DIAS, Jefferson Aparecido; NUNES, Geilson. *Destinação direta de recursos de termo de ajustamento de conduta: instrumentos eficazes na defesa de direitos transindividuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- DIAS, Jefferson Aparecido; OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges. *Jurisdição civil, ativismo e ordem econômica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino de. *Direito econômico*. São Paulo: Forense, 2005.
- 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 da ACADEmia Brasileira de Direito Constitucional*. 2013.
- GABAN, Eduardo Molan. *Direito antitruste*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MEDAUAR, ODETE. *Direito Administrativo Moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- RIBEIRO, Maria de Fátima. *Novos Horizontes da Tributação: um diálogo luso-brasileiro*. Coimbra: Editora Almedina, 2012.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

- SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. *Princípios Processuais Constitucionais*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.
- SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre-concorrência. In: *Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária*. coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética; e Fortaleza: ICET, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVEIRA, Daniel Barile da. *O fim do serviço público: a crise no conceito de serviço público e seu desenvolvimento. Ensaio Sobre Políticas Públicas*. Birigui: Boreal, 2016.
- SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 11, n. 42, abr./jun. 2013.
- TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. v.2. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.