

Eduardo Ferreira Jordão

RESTRIÇÕES REGULATÓRIAS À CONCORRÊNCIA

PREFÁCIO

Floriano de Azevedo Marques Neto

Restrições regulatórias à concorrência

Eduardo Ferreira Jordão

Prefácio

Floriano de Azevedo Marques Neto

Restrições regulatórias à concorrência

Belo Horizonte



2009

© 2009 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra,
por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos
xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Editora Fórum Ltda.
Av. Afonso Pena, 2770 – 15^º/16^º andar
Funcionários – CEP 30130-007
Belo Horizonte – Minas Gerais
Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br
editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Bibliotecária: Paloma Fernandes Figueiredo – CRB 2932 – 6^ª Região
Indexação: Alessandra Rodrigues da Silva – CRB 2459 – 6^ª Região
Projeto gráfico: Walter Santos
Formatação e capa: Marcelo Belico

J826r Jordão, Eduardo Ferreira

Restrições regulatórias à concorrência / Eduardo Ferreira Jordão; prefácio Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

215 p.

ISBN 978-85-7700-210-8

1. Direito administrativo. 2. Concorrência, restrições regulatórias. I. Marques Neto, Floriano de Azevedo II. Título

CDD: 341.3

CDU: 342.9

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições regulatórias à concorrência*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 215 p. ISBN 978-85-7700-210-8.

Agradecimentos

Este trabalho é o produto de um longo esforço pessoal, iniciado no já distante Outubro de 2004, quando, ainda acadêmico de Direito na Bahia, participei do processo seletivo para ingresso no Mestrado da Universidade de São Paulo. De lá pra cá, vivi o mais intenso e valioso período da minha vida, pessoal e profissionalmente. Não quero perder a oportunidade de agradecer a quem mais ativamente participou desta trajetória.

Faço referência imediata ao meu orientador, Prof. Marcelo Huck, que além de realizar-me o sonho de estudar no Largo de São Francisco, transformou esta experiência em algo particularmente enriquecedor e agradável. Mas também merecem ser mencionados outros professores fundamentais para a minha formação. A começar por Marçal Justen Filho, amigo e mestre, influência direta e indireta em todos os passos da minha carreira. Da minha casa, a Universidade Federal da Bahia, preciso agradecer a Fredie Didier Jr. e Paulo Modesto, maiores incentivadores das minhas ambições acadêmicas. Em São Paulo, devo muito a Floriano de Azevedo Marques Neto, com quem convivi na Universidade, mas também no exercício diuturno da advocacia. Finalmente, esta dissertação não teria sido a mesma não fosse a minha passagem pela London School of Economics; e esta não teria sido a mesma não fossem as lições essenciais e o contato pessoal com Giorgio Monti e Robert Baldwin.

Em igual medida, contudo, o resultado final deste trabalho deve ser atribuído a amizades valiosas também no aspecto intelectual. Sou especialmente grato a Mateus Adami, Marçal Justen Neto, Artur Ferrari, Gabriel Pimenta, Fernanda Meirelles, Tatiana Cymbalista, Fernando Marcato, Clara Mota, Gustavo Almeida, Aline Bertolin, Sandra Terepins, Domingos Paiva e Thales Costa. Todos eles leram e comentaram trechos de versões preliminares deste trabalho, ajudando a eliminar algumas de suas imperfeições.

É claro que agradeço ainda à minha Tati, que esteve ao meu lado em Salvador, São Paulo, Londres e Paris; na graduação, no mestrado e no doutorado; no namoro e no casamento; em todos os momentos mais felizes e importantes da minha vida. E finalmente aos meus pais, a quem o trabalho vai dedicado. Sem eles, nada teria sido possível e nada teria valido a pena.

Sumário

Prefácio

Floriano de Azevedo Marques Neto	11
--	----

Capítulo 1

Introdução	17
-------------------------	----

Capítulo 2

Entre a regulação e a concorrência	23
2.1 O objetivo e a estrutura deste capítulo.....	23
2.2 Os benefícios sociais do mercado concorrencial	24
2.3 As limitações sociais do mercado concorrencial	29
2.4 Conclusão	33

Capítulo 3

A anulação judicial da lei restritiva da concorrência	35
3.1 O objetivo e a estrutura deste capítulo.....	35
3.2 A validade jurídica da lei restritiva da concorrência no direito comparado	37
3.2.1 O caso dos Estados Unidos	37
3.2.1.1 Regulação estadual: a <i>State Action Doctrine</i>	37
3.2.1.2 Regulação federal	39
3.2.1.3 Conclusão sobre o caso americano	40
3.2.2 O caso da União Européia	40
3.2.2.1 Violação ao artigo 10.....	41
3.2.2.2 Violação ao artigo 86.....	44
3.2.2.3 Conclusão sobre o caso europeu.....	46
3.3 A validade jurídica da lei restritiva da concorrência no Brasil.....	46
3.3.1 A regulação dos serviços públicos.....	47
3.3.1.1 A problemática questão do conceito de serviço público.....	51
3.3.2 A regulação das atividades econômicas em sentido estrito.....	53
3.3.2.1 A hipótese da insindicabilidade da escolha do legislador	55
3.3.2.2 A hipótese da hierarquização de princípios constitucionais.....	56
3.3.2.3 A ponderação concreta de princípios constitucionais	63
3.3.2.3.1 Razoabilidade e proporcionalidade como postulados normativos	65
3.3.2.3.2 A razoabilidade e suas diferentes acepções	66
3.3.2.3.3 A proporcionalidade e os exames a ela inerentes	70

3.3.2.3.3.1	A adequação	71
3.3.2.3.3.2	A necessidade	72
3.3.2.3.3.3	A proporcionalidade em sentido estrito	75
3.3.2.3.4	Notas finais de ordem prática	76
3.4	Conclusão	80

Capítulo 4

O controle do lobby por regulação anticompetitiva	83	
4.1	O objetivo e a estrutura deste capítulo..... 83	
4.2	A disciplina concorrencial do lobby no direito comparado	86
4.2.1	O caso dos Estados Unidos: a <i>Noerr-Pennington Doctrine</i>	86
4.2.2	O caso da União Européia	90
4.2.3	O lobby e o direito concorrencial na experiência comparada	93
4.3	A disciplina concorrencial do lobby no Brasil: o estado da arte	94
4.3.1	O estágio atual da jurisprudência do CADE	97
4.3.1.1	O relato do caso SINPETRO-DF.....	97
4.3.1.2	Reflexões sobre o caso SINPETRO-DF	100
4.3.1.3	Outras manifestações do CADE sobre este tema	102
4.3.1.4	Conclusões sobre o estágio atual da jurisprudência do CADE	104
4.4	A disciplina concorrencial do lobby no Brasil: uma proposta.....	105
4.4.1	A ausência de um adequado critério teórico da ilicitude.....	106
4.4.2	O caráter indireto e incerto da restrição concorrencial resultante do lobby.....	109
4.4.3	As alternativas ao controle direto do lobby.....	112
4.4.4	Esclarecimentos finais	116
4.5	Conclusão	118

Capítulo 5

A advocacia da concorrência como forma de cooperação institucional	119	
5.1	O objetivo e a estrutura deste capítulo.....	119
5.2	As principais características da atividade de advocacia da concorrência	120
5.2.1	A complementaridade à aplicação repressiva do direito antitruste....	121
5.2.2	O seu efeito anticaptura	123
5.2.3	A titularidade das competências relativas à advocacia da concorrência	124
5.3	A advocacia da concorrência no direito comparado.....	125
5.3.1	Estados Unidos	126
5.3.2	União Européia.....	127
5.4	A advocacia da concorrência no direito brasileiro.....	128
5.4.1	As competências atribuídas ao CADE.....	129

5.4.2	As competências atribuídas à SDE e à SEAE	135
5.4.3	A reforma do SBDC e a advocacia da concorrência.....	138
5.5	A avaliação dos resultados da advocacia da concorrência	140
5.6	Conclusão	143

Capítulo 6

A imunidade antitruste decorrente da regulação pública	145	
6.1	O objetivo e a estrutura deste capítulo.....	145
6.2	A imunidade antitruste decorrente da regulação no direito estrangeiro.....	146
6.2.1	O caso dos Estados Unidos	146
6.2.1.1	A imunização decorrente da regulação estadual.....	147
6.2.1.2	A imunização decorrente da regulação federal	149
6.2.2	O caso da União Européia	153
6.3	A imunidade antitruste decorrente da regulação no Brasil: o estágio atual.....	156
6.3.1	A imunidade setorial à intervenção do CADE.....	158
6.3.2	A imunidade antitruste propriamente dita na jurisprudência do CADE	161
6.3.2.1	A política expressa e definida de substituição da competição	163
6.3.2.2	A supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações.....	166
6.3.2.3	A questão da compulsão como condição para a imunidade.....	168
6.3.2.4	Balanço da jurisprudência do CADE.....	171
6.4	Propostas para identificação de imunidades antitrustes no Brasil.....	172
6.4.1	Um passo preliminar: o abandono da <i>State Action Doctrine</i>	173
6.4.2	A adoção de um teste bifásico	173
6.4.2.1	A primeira fase: a identificação de imunidades genéricas.....	173
6.4.2.2	A segunda fase: a identificação de imunidades específicas.....	174
6.4.2.2.1	As condutas compelidas por regulação estatal válida.....	175
6.4.2.2.2	As condutas autorizadas por regulação estatal válida.....	176
6.4.2.2.3	As condutas compelidas por regulação estatal inválida.....	178
6.4.2.2.4	As condutas autorizadas por regulação estatal inválida.....	183
6.5	Conclusão	186

Capítulo 7

Conclusões	189
Referências	197
Índice	213

Prefácio

Não é fácil prefaciар. Na verdade, é bem difícil. O prefaciador não é o dono da obra, mas é tentado a se colocar como tal. Não é editor, mas por um átimo pensa sê-lo. Não pode parecer adulator, mas por vezes é inescapável exagerar nos elogios. Ao leitor interessa a obra e não a eventual história existente entre os autores, do livro e do prefácio. É sempre assim. Na presente empreitada, estas dificuldades se engrandeceram. Claro que autor deste livro obviamente não sou, mas bem que gostaria de ser. Editor muito menos, mas invejo a sorte da Editora Fórum em ter, rapidamente como é do seu feitio, abraçado sua publicação. Os predicados do autor tornam o sopesamento de encômios uma tortura. Creio, caro leitor, só ter sido convidado a prefaciар o livro que ora tem em mãos pela sorte de ter conhecido profissionalmente Eduardo Jordão há alguns anos e, desde então, ter acompanhado sua trajetória (ainda inicial, mas já vitoriosa).

Jordão me foi apresentado e recomendado pelo amigo Marçal Justen Filho que, por sua vez, o conhecera em passagens não propriamente acadêmicas. Ainda adolescentes, Jordão e Marçal Justen Neto, filho do mestre, desenvolveram um bem sucedido site temático sobre futebol. O mais interessante: o primeiro, de Salvador; o segundo, de Curitiba. E o tal site deu tão certo que quase o direito público perdia dois jovens de enorme potencial. Tão bem recomendado, Jordão veio para São Paulo ingressar no mestrado da USP e trabalhar em meu escritório, auxiliando-me nos temas de direito regulatório e administrativo. Pouco mais de um mês de trabalho e já tinha eu que disputar sua ajuda com os meus sócios que, informados do rigor técnico, da capacidade de trabalho e do conhecimento do rapaz, rapidamente tomaram-lhe de demandas. Em dois anos vimos a precocidade transformar-se em maturidade intelectual. Raras vezes vi uma análise jurídica tão profunda e uma capacidade de sistematização tamanha.

Acalme-se, preclaro leitor. Não vou transformar este prefácio numa carta de recomendação. Esta já tive o gosto de fazê-la quando Jordão se candidatou para uma vaga no programa de LL.M na London School of Economics and Political Science (LSE). Aprovado na primeira tentativa, foi lá estudar no interregno entre o cumprimento dos créditos e a defesa da dissertação que origina a presente obra. Concluída a tarefa, mudou de endereço, mas não de excelência: cursa hoje o programa de doutorado entre Paris (Panthéon-Sorbonne) e Roma (La Sapienza). O direito público ganhou do futebol um acadêmico de primeira.

Mas basta de referências ao autor e vamos à obra. Como dito, trata-se de evolução do trabalho de mestrado defendido na USP, realizado sob a precisa orientação de Marcelo Huck e aprovada com elogios pela banca formada também por Artur Barrionuevo Filho e João Grandino Rodas. Não estivéssemos nós, na USP, proibidos de conferir notas aos mestrandos e doutorandos (uma estultice cuja razão até hoje não consegui entender), e certamente a banca teria lhe atribuído o grau máximo.

A relação entre concorrência e regulação é ainda carente de estudos no direito brasileiro. Duas são as razões. A primeira está no fato de que, malgrado ser pauta constitucional (art. 170, IV; 173, §4º), muitos autores do direito público, e até do direito econômico, guardam para com ela uma certa antipatia. Não vêem a livre concorrência — e em última instância a competição e o livre mercado — como um valor em si. Partem de um raciocínio um tanto binário, no qual ao Estado (e só a ele) cumpre assegurar o interesse público (assim mesmo, no singular, monolítico, uniforme). O mercado (e, por conseguinte, a lógica concorrencial) seria o *locus* da cupidez, da avareza, da cobiça, dos interesses privados (no plural e que, quando pronunciados, recebem um tom de desdém, de desprezo indicativo de uma coisa menor).

Tal concepção tem muito a ver com dois dos nossos legados coloniais: o patrimonialismo e o catolicismo. O primeiro tinha no Estado um provedor de benesses, um agente distribuidor (um tanto desigual, vá lá) do bem, que em tudo intervém para melhorar a vida do povo (ou de seus preferidos). O segundo legou uma relação

da antípoda ao capitalismo que, em grande medida, contribuiu a um só tempo para retirar espaço da espiritualidade e poder dos eclesiásticos. Não queremos bem o mercado. Aceitamo-lo como um mal, se não necessário, inevitável. Mas vemo-lo como algo perverso, o lado negro da força.

Dessa visão provém uma contrariedade *a priori* (seria reducionista dizer *preconceito*) com a concorrência, de tal sorte que sempre que se manifestasse o papel regulador do Estado, a concorrência (v.g., o livre mercado) cederia espaço, deixaria de ser uma pauta exigível. Daí para chegarmos às teses da imunidade antitruste, do regime inerentemente exclusivo atribuído às atividades consideradas serviço público e, principalmente, ao raciocínio de que o ambiente concorrencial é sempre impróprio à consecução do interesse público foi um pulo.

Tenho comigo que este raciocínio (ainda forte na doutrina, daí uma das razões da importância do presente livro) não se sustenta nem à luz do texto, nem da axiologia constitucional. A Constituição não traz uma hierarquia *a priori* entre os princípios da ordem econômica constantes do art. 170. E de nada vale hierarquizar os princípios do seu *caput* com aqueles listados nos incisos, pois na cabeça do artigo encontramos pareados a livre iniciativa (do qual a preservação da concorrência é corolário) com outros demandantes de maior intervenção estatal como a dignidade, a valorização do trabalho e a justiça social. O mesmo vale para afastar proeminências baseadas nos princípios estruturantes contidos no art. 1º da Carta. Se formos olhar para os princípios implícitos, veremos presente no texto constitucional o traço da subsidiariedade (cujas manifestações mais explícitas encontramos no art. 173 e no princípio da eficiência constante do *caput* do art. 37), o qual preserva a prevalência da esfera privada sempre que nela se puder encontrar capacidade para atingir, por si só, sem necessidade de intervenção estatal, os objetivos eleitos pela Constituição para serem perseguidos pelo país.

Dizia que no entrechoque da livre concorrência e da intervenção estatal (normativa, reguladora ou por intervenção direta), há quem entenda que a primeira sempre deve ceder lugar à segunda. Não há de ser assim. A concorrência pode ser virtuosa, como de

resto a ação estatal pode ser viciosa. Nem um nem outro são assim sempre.

Daí eu entender que a articulação entre ambos deve ser feita à luz da subsidiariedade (que há definir os limites horizontais — onde e porque — aptos a justificar a intervenção estatal derogatória ou mitigadora da concorrência) e da proporcionalidade (que determina os limites verticais — como e quanto — para tal intervenção). Não é decorrência automática da decisão estatal de intervir num setor da economia que suspende ou interdita a aplicação da livre concorrência neste segmento (e, por conseguinte, a aplicação das leis de sua defesa e o aparato institucional do antitruste).

A derrogação absoluta da livre concorrência só pode ocorrer em condições excepcionais e se, apenas se, tal se justificar sob o prisma econômico e jurídico. Não é porque o agente econômico é uma empresa estatal que ele estará livre, só por isso, de se submeter às regras da concorrência. Não é porque compete ao Estado atuar como agente normativo e regulador da economia (CF, art. 174) que qualquer norma ou providência regulatória poderá derogar a concorrência. Não será por ser uma atividade considerada serviço público que ela estará automaticamente interdita aos particulares, mesmo aqueles não delegatários do poder público. Não advém da regulação setorial uma autonomia absoluta ao controle do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Eduardo Jordão consegue demonstrar muito bem as duas dimensões contidas nestas afirmações. Primeira, que elas não são tautológicas: muito debate há que ser vencido para que superemos estas discussões. Segunda, está na demonstração que ele faz dos mecanismos disponíveis para se coibir o uso oportunista destas concepções anticoncorrenciais.

Talvez o grande mérito da obra esteja em articular dois ramos do conhecimento bastante próximos, mas que por vezes mostram-se apartados por um fosso intransponível: o direito antitruste e o direito administrativo, na vertente econômica, onde se estudam os mecanismos de intervenção estatal na economia.

Ao fazê-lo, Eduardo Jordão demonstra o equívoco da tese da prevalência absoluta da intervenção estatal sobre a concorrência.

Não obstante, sustenta a ineficácia da repressão dos comportamentos empresariais anticompetitivos respaldados por medidas regulatórias, sustentando ser teoricamente possível a mitigação da concorrência pela regulação. Quanto a isso, concordamos. Porém, se há de ter claro que não será pelo simples fato de estar sujeito à regulação que um setor da economia deixará de se submeter ao princípio concorrencial.

O leitor também vai encontrar uma interessante discussão em torno dos mecanismos para coibir o poder de influência dos atores econômicos mais fortes no sentido de obter medidas de regulação anticompetitiva. Tal como sustentado na tese, não vejo o lobby como um problema. Da forma como concebo a regulação, ela deve ser absolutamente permeável a todos os interesses e aos esforços de convencimento de cada qual (dentro de regras procedimentais que impeçam assimetrias e garantam transparência). Daí porque não aloco o problema no lobby, mas na eventual absorção, irrazoável e irrefletida, pelo regulador estatal, das pautas de um dado grupo de pressão. Porém, ainda que não veja no processo de convencimento um problema, creio que a medida eventualmente anticoncorrencial de forma desproporcional ou despropositada poderá ser combatida, inclusive na seara judicial, não por ter sido originada de um lobby, mas pelo desbordamento nos limites dentro dos quais se admite a regulação estatal.

Neste sentido, os órgãos e entes integrantes do SBDC cumprem um papel importante no controle de eventual desvio da regulação por força dos grupos de interesse. Mais do que isso, ainda que a função reguladora possa (e digo, deva) estar atribuída a entes dotados de independência, SDE, SEAE e CADE exercem função importante para (i) avaliar e censurar decisões regulatórias anticoncorrenciais irrazoáveis; (ii) articular-se com as agências para suportar processos de revisão de marcos e de análise de atos de concentração e (iii) subsidiar, sob o prisma concorrencial, o trabalho das agências.

Ao fim e ao cabo da leitura — que, saiba o leitor, fluirá fácil, pois bem escrita — certamente ficará a mesma certeza que eu tive já há algum tempo: que bom que a crônica futebolística perdeu um

blogueiro jovem e talentoso. O Direito ganhou mais que um belo livro. Ganhou um autor. Sorte nossa.

Floriano de Azevedo Marques Neto

Professor Associado de Direito Público da Universidade de São Paulo.
Secretário Acadêmico da Sociedade Brasileira de Direito Público.

Introdução

Tradicionalmente, o direito antitruste preocupa-se de forma prioritária (e quase exclusiva) com restrições concorrenciais de origem *privada* — i.e. concentrações empresariais e condutas anticompetitivas, como a predação ou a colusão.¹ É fato, entretanto, que limitações concorrenciais semelhantes ou ainda mais intensas podem advir de ações estatais, em especial das medidas regulatórias. A regulação pode, por exemplo, (i) erigir barreiras à entrada e à saída do mercado; (ii) estabelecer vantagens competitivas artificiais para produtores específicos; (iii) promover assimetrias informacionais; (iv) impedir a concorrência em determinados aspectos dos produtos; (v) impor custos financeiros e de gestão que poderão retirar recursos das atividades mais produtivas e dos investimentos; (vi) influir na escolha tecnológica; (vii) comprometer a flexibilidade e a liberdade empresarial; (viii) reduzir a produção; e (ix) promover a elevação de preços dos bens e serviços.² Disto

¹ A própria referência a um “direito antitruste”, termo prevalecente nos Estados Unidos, é reveladora desta tendência. Demonstra que a preocupação principal estaria em prevenir os “trustes”, que correspondem a largas corporações industriais ou comerciais de natureza privada. A alusão a um “direito concorrencial”, mais comum nos países europeus, indica preocupação mais ampla com a competitividade. Sobre esta tendência privatista, v. DESTOURS, Stéphane. *La soumission des personnes publiques au droit interne de la concurrence*. Paris: Litec, 2000. p. 14: “D’une part, la matière même de la concurrence, qui touche à la compétition économique fondée sur les échanges de biens et de services, est d’ordre principalement commercial. D’autre part, les interventions de l’État, liées aux idées de contrainte, de prérogatives, de monopole, semblent en contradiction avec les principes de la libre concurrence”. Na França, a aplicação das regras de proteção à concorrência também ao setor público deu ensejo à criação do “Droit Public de la Concurrence” (v., a propósito, COLSON, Jean Philippe. *Droit public économique*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2001. p. 447).

² Cf. BERMANN, George. Regolazione e liberalizzazione dei mercati: un’analisi comparativa. In: TESAURO, Giuseppe; D’ALBERTI, Marco (Coord.). *Regolazione e concorrenza*. Bologna: Il Mulino, 2000. p. 34. Não se deve pensar, contudo, que toda regulação estatal possui efeitos

resulta que uma política antitruste focada exclusivamente nas ações privadas é incompleta e não resolve de forma satisfatória o problema das violações à competitividade, apenas dita de que *forma* elas se darão.³

Contrariando a tendência *privatista* apontada acima, esta dissertação cuida das restrições concorrenciais que resultam da regulação estatal.⁴ O “impacto anticompetitivo” da normatização da economia constitui a origem do interesse científico.⁵ A dificuldade deriva de que a limitação à concorrência promovida pela

anticompetitivos. Este raciocínio decorreria de uma indevida identificação do *processo concorrencial* com a *concorrência livre*. Em muitas circunstâncias, a liberdade concorrencial (no sentido de autonomia às intervenções estatais) significa o exato oposto do ambiente efetivamente concorrencial (a propósito, vejam-se as considerações de GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 181 et seq.). É bastante imaginar os casos de monopólios naturais. Nestas hipóteses, a regulação, embora intervenga na “livre concorrência” (no “livre mercado”), fá-lo com fins e efeitos pró-concorrenciais, promovendo a efetiva competitividade, como no caso do estabelecimento da *yardstick competition*. Semelhantes efeitos pró-concorrenciais se atingem por meio da determinação pública de ampla divulgação informacional, característica marcante da regulação dos mercados financeiros, por exemplo. A indução à concorrência é mesmo apontada por alguns autores como o aspecto essencial da moderna regulação. V, por exemplo, ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La regulación económica: teoría y práctica de la regulación para la competencia*. Buenos Aires: Abaco, 1996.

³ Especialmente, mas não exclusivamente, porque se gera um incentivo para que a empresa interessada na restrição concorrencial busque este objetivo através da pressão por regulação (lobby). A influência privada nas emissões estatais substitui as ações empresariais diretas, podendo até mesmo produzir efeitos anticoncorrenciais mais duradouros e menos custosos. Neste sentido, Timothy J. Muris adverte que “attempting to protect competition by focusing solely on private restraints is like trying to stop the flow of water at a fork in a stream by blocking only one of the channels. Unless you block both channels, you are not likely to even slow, much less stop, the flow. Eventually, all the water will flow toward the unblocked channel. The same is true of antitrust enforcement. If you create a system in which private price fixing results in a jail sentence, but accomplishing the same objective through government regulation is always legal, you have not completely addressed the competitive problem. You have simply dictated the form that it will take. Let me restate the point in the form of a competition policy theorem: as a competition system achieves success in attacking private restraints, it increases the efforts that firms will devote to obtaining public restraints” (In: MURIS, Timothy J. State intervention/State Action: a U.S. perspective. In: HAWK, Barry (Ed.). *International Antitrust Law & Policy*: Fordham Corporate Law 2003. New York: Juris, 2003. p. 518).

⁴ Adota-se aqui o conceito amplo de regulação proposto por Alexandre dos Santos Aragão, para quem “a regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis” (In: *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 37).

⁵ Embora a dissertação leve a preocupação concorrencial ao setor público, nem todas as ações públicas restritivas da competitividade lhe são relevantes. Afastou-se do campo de interesse a intervenção estatal *direta* na economia — ou seja, o exercício pelo Estado da atividade empresarial. O foco recai unicamente sobre a sua atuação como *regulador* (intervenção indireta).

regulação não é necessariamente negativa; pode, é verdade, servir à realização de objetivos sociais que não se consagram através do processo concorrencial. O afastamento da competitividade pode ser resultado (ou condição) de determinada política pública.

O fato é que, ainda nestes casos, as restrições à concorrência deveriam limitar-se àquilo que é estritamente necessário para a consecução destes objetivos sociais antes mencionados. É dizer: não se justifica a limitação da competitividade dos mercados para além destes limites. Lamentavelmente, no entanto, a realidade não corresponde a esta diretriz teórica. Muitas limitações concorrenciais veiculadas na regulação pública ou não visam à realização de qualquer interesse social constitucionalmente protegido ou excedem o necessário para a realização destas finalidades relevantes.⁶ Por esta razão, é importante cogitar de estratégias que minimizem o impacto anticompetitivo da regulação estatal, reduzindo-o àquilo que seja essencial para a consecução de interesses sociais. Este trabalho serve ao exame destas estratégias: é este o seu objetivo.

A exposição se inicia no próximo capítulo com uma contextualização dos benefícios e limitações do ambiente concorrencial. As considerações são ainda introdutórias: a intenção é ambientar o leitor na tensão que desafia as ciências jurídica, política e econômica e que informa toda a dissertação.

A primeira e mais evidente estratégia para redução do impacto anticompetitivo da regulação estatal é estudada no capítulo terceiro. Trata-se do ataque direto às restrições públicas concorrenciais, mediante a sua anulação judicial. A premissa é a de que, embora *algumas* destas restrições sejam juridicamente válidas, este certamente não é o caso de *todas* elas. A dúvida refere-se ao critério da validade jurídica, cuja ausência autorizaria a anulação judicial.

⁶ Perceba-se que o interesse prático no exame do impacto anticompetitivo da regulação estatal vai além das preocupações relativas à emissão de regulações exclusivamente voltadas à proteção dos interesses econômicos da indústria regulada contra as pressões concorrenciais (captura do regulador). Mesmo quando estas ações estatais se tenham produzido com “propósitos públicos”, a desatenção ou o descompromisso com os seus efeitos no processo concorrencial poderá ser problemática: (i) para as empresas reguladas, em razão do risco de violação excessiva das liberdades privadas, escudadas detrás de argumentos genéricos de persecução de finalidades sociais; (ii) para os consumidores, por causar o aumento dos preços e a limitação de suas escolhas; (iii) para o próprio governo, que sofrerá o ônus político destas insatisfações.

Focando especificamente nas restrições legislativas, questionam-se os *limites de constitucionalidade* da anticompetitividade regulatória. Com recurso à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, serão examinadas e criticadas as principais teses que responderiam a esta pergunta, até chegar ao critério que se julga mais adequado ao sistema jurídico brasileiro.

Em seguida, no capítulo quarto, cogita-se da minimização do impacto anticompetitivo da regulação estatal através do controle e da repressão ao lobby empresarial.⁷ Parte-se da constatação de que da pressão política exercida pela indústria regulada resultam importantes limitações à concorrência. Por sua força, podem ser impostas barreiras desnecessárias à entrada e restrições à liberdade tarifária, por exemplo. A questão fundamental refere-se à *viabilidade jurídica* da repressão do lobby por legislação anticompetitiva com base no direito concorrencial.

A estratégia examinada no capítulo quinto é a da cooperação institucional. Analisam-se as potencialidades e as limitações da atividade de “advocacia da concorrência” (*competition advocacy*), que consiste no exercício da competência antitruste persuasiva e dissuasiva (não repressiva) do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Essencialmente, será visto que ela reduz os riscos da captura e garante que o regulador conheça o impacto anticoncorrencial de suas medidas, antes de adotá-las.

Finalmente, analisa-se a tentativa de atacar a regulação restritiva da concorrência por meio da repressão às condutas empresariais anticompetitivas que nela são compelidas, autorizadas ou encorajadas. O tema, referente à amplitude das imunidades antitruste decorrentes da regulação, é o objeto do capítulo sexto. Será necessário precisar sob quais condições e em qual medida é facultada aos particulares a realização de condutas que, *a priori*, constituiriam violação de regras concorrenciais, para a observação das imposições ou dos incentivos regulatórios. Trata-se de avaliação fundamental no âmbito do estudo do impacto anticompetitivo da regulação estatal. É que a compreensão excessivamente ampla de

⁷ Note-se que o foco publicista enunciado acima não implica que as condutas privadas sejam absolutamente irrelevantes para esta dissertação. Significa que elas serão objeto de atenção apenas na medida em que se relacionem com restrições públicas à concorrência.

tais hipóteses daria ensejo a restrições concorrenciais mais intensas do que as necessárias para a realização das finalidades das políticas públicas antes referidas.

Os capítulos estão todos estruturados de forma semelhante. Após ponderações iniciais, através das quais se apresenta o problema a ser tratado, procede-se a um breve relato da experiência estrangeira, sempre com referência aos exemplos dos Estados Unidos e da União Européia. Embora a dissertação esteja voltada especificamente ao caso brasileiro e não constitua um trabalho de direito comparado, o recurso ao direito estrangeiro é justificável. Estas duas jurisdições possuem maior tradição no enfrentamento das questões relativas às restrições regulatórias à concorrência. Assim, e a despeito das peculiaridades de cada sistema jurídico, é sempre possível beneficiar-se de ponderações estrangeiras para a problematização ou para o desenvolvimento das soluções internas.⁸

Aliás, no debate específico do caso brasileiro, o leitor perceberá que há bastante espaço para problematização e desenvolvimento. A atuação do CADE nas questões relacionadas às restrições públicas à concorrência é ainda vacilante e a da jurisprudência, muito limitada.⁹ Do mesmo modo, a cooperação pública institucional para *evitar* ou *reduzir* o impacto anticompetitivo da regulação estatal está longe do seu ponto ótimo. Sob o ponto de vista acadêmico, por fim, cabe referir à pouca tradição de nossa doutrina na análise do tema. Falta sobretudo uma aproximação mais ampla e genérica (não setorial), como a que se pretende nesta dissertação. Os estudos existentes focam quase exclusivamente a questão da aplicabilidade do direito concorrencial aos setores regulados.¹⁰ As chamadas “imunidades antitrustes”, no entanto, correspondem apenas a um dos problemas de que se pretende tratar.

⁸ É, ademais, da própria tradição do nosso direito concorrencial abeberar-se da experiência comparada. O CADE chega mesmo a importar teorias estrangeiras, como a *State Action Doctrine*. Cf., a propósito, o capítulo sexto.

⁹ Cf. ROCHA, Bolívar Moura; OLIVEIRA, Hermes Nereu Cardoso. Balanço da articulação entre órgãos de defesa da concorrência e agências reguladoras de infra-estrutura. In: ROCHA, Bolívar Moura (Org.). *A regulação de infra-estruturas no Brasil: balanços e propostas*. São Paulo: IOB-Thomson, 2003.

¹⁰ A referência obrigatória é à coletânea coordenada por CAMPILONGO, Celso Fernandes et al. (Org.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

Todas estas razões justificam a importância do tema aqui enfrentado. Para completar a tutela jurídica da competitividade dos mercados, é essencial voltar os olhos também ao setor público e esclarecer limites e possibilidades das estratégias para reduzir as restrições concorrenciais de natureza regulatória.

Entre a regulação e a concorrência

Sumário: **2.1** O objetivo e a estrutura deste capítulo - **2.2** Os benefícios sociais do mercado concorrencial - **2.3** As limitações sociais do mercado concorrencial - **2.4** Conclusão

2.1 O objetivo e a estrutura deste capítulo

Este capítulo é bastante breve e, ainda, introdutório. Sua função é fixar idéias básicas que serão fundamentais para o enfrentamento do tema deste trabalho. No momento inicial, o interesse estará voltado ao sistema concorrencial e às suas potencialidades (item 2.2). A idéia é apresentar os benefícios sociais que podem advir de um mercado competitivo. Logo em seguida, a estes benefícios concorrenciais serão contrapostas as suas limitações, aquelas circunstâncias diante das quais a competitividade é *prejudicial* ou *insuficiente* no que concerne à realização de determinadas finalidades públicas (item 2.3). Apesar de básicas, estas noções são absolutamente essenciais. Para os objetivos deste estudo, é fundamental a compreensão preliminar de quais circunstâncias específicas podem indicar a razoabilidade do afastamento da lógica concorrencial. Com a exposição, pretende-se ilustrar a tensão entre a ampla concorrência e as restrições regulatórias, tensão que desafia as ciências econômica, política e jurídica e que está incrustada no nosso sistema constitucional. É este o pano de fundo sobre o qual se apresentam as questões fundamentais aqui enfrentadas.

2.2 Os benefícios sociais do mercado concorrencial

O cenário concorrencial induz a uma série de importantes benefícios sócio-econômicos. Há, de logo, os ganhos decorrentes da *eficiência alocativa*, tão cara aos economistas neoclássicos e, por vezes, apresentada simploriamente como o único objetivo da tutela estatal no domínio econômico. Num cenário perfeitamente concorrencial, a alocação dos recursos escassos é ótima, na medida em que o preço conferido ao produto pelo mercado é exatamente aquele que traduz o seu valor para a sociedade. Assim, não há gastos excessivos para adquiri-lo (não há lucros excessivos), nem deixa de haver transferência de recursos entre os consumidores dispostos a adquirir o produto e os produtores (*deadweight loss*), fato que ocorreria com a deliberada redução da produção.¹¹ Esta inexistência de lucros excessivos decorre da prática de *preços mais baixos* que é forçada pela pressão concorrencial, e sugere ainda um benefício *distributivo* da concorrência.¹² De fato, a competitividade elimina a excessiva transferência de renda dos consumidores para os produtores, verificável nos mercados monopolizados.

O cenário concorrencial também contribui para a promoção da *eficiência produtiva*, que pode ser traduzida simplificada na produção de bens e serviços pelo menor custo possível.¹³ A consequência é o gasto mínimo da (limitada) riqueza da sociedade. Com efeito, num mercado competitivo, o produtor é forçado a reduzir os seus custos para que possa cobrar menores preços e “conquistar” consumidores. A permanência de uma situação de ineficiência produtiva certamente implicaria o seu alijamento do

¹¹ Explica Valentine Korah, “consumers will be worse off: the loss in their welfare, when the money is spent on other things they value less in terms of the value of the resources used to produce them, is the demand for the monopolised product foregone less what it would have cost to supply. No one benefits from this loss. So it is sometimes called ‘the deadweight loss’” (In: *An introductory guide to EC Competition law and practice*. Portland: Hart, 2004. p. 10).

¹² Embora esta finalidade seja notadamente melhor alcançada por outros meios, como a tributação. V., a propósito, AREEDA, Philip. *Antitrust Analysis*: material, text, cases. Boston: Little, Brown and company, 1967. p. 10.

¹³ “Ao contrário da eficiência alocativa, que vê a questão do ponto de vista de mercado, a eficiência produtiva expressa o efetivo uso dos recursos pelas empresas. É, portanto, um dado interno de cada empresa, representando o nível de dispêndio necessário para produzir um determinado bem” (In: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*: as estruturas. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 177).

mercado. Contrariamente, um produtor monopolista não sofre grandes incentivos à diminuição do seu custo de produção, em razão da ausência de pressões concorrenciais. Este “relaxamento” produzido pela inexistência de competição pode conduzir a dispêndios excessivos (e evitáveis) dos escassos recursos sociais no processo produtivo.

Além disso, a concorrência *reduz a possibilidade de algum agente abusar de seu poder econômico*, aumentando arbitrariamente os seus lucros ou impondo os seus preços. Num ambiente competitivo, os agentes econômicos são “escravos do mercado”, nele não podendo influir, mas dele sofrendo controle.¹⁴ Ao aumento de preços de um vendedor se segue a sua perda de mercado — o consumidor passará a adquirir de outros produtores que estejam dispostos a receber valores inferiores. Também não há agente que detenha poder de compra, dele podendo abusar.

Esta dispersão do poder econômico pode produzir também relevantes *consequências políticas*, ao impedir a formação de grupos fortemente influentes nas decisões governamentais e, assim, favorecer a efetividade da democracia. Aliás, dentre as razões que motivaram a promulgação do *Sherman Act*, nos Estados Unidos, destacavam-se as preocupações relacionadas com o poder político de grupos econômicos muito fortes.¹⁵

Igualmente, um pressuposto da concorrência é a existência de múltiplos vendedores. Esta circunstância normalmente significa *pluralidade de escolhas* para o consumidor, que poderá ter opções atinentes à qualidade dos produtos, local e horário de compra etc. A diversidade implica a satisfação e o bem-estar de um maior número de consumidores, além de possibilitar benefícios ancilares.¹⁶

¹⁴ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 31.

¹⁵ Cf. JORDE, Thomas M.; TEECE, David J. (Ed.). *Antitrust, Innovation, and Competitiveness*. Oxford: OUP, 1992. p. 05. A Suprema Corte americana assim descreveu o papel do *Sherman Act*, principal ato legislativo de proteção da concorrência nos Estados Unidos: “It rests on the premise that the unrestrained interaction of competitive forces will yield the best allocation of our economic resources, the lowest prices, the highest quality and greatest material progress, while at the same time providing an environment conducive to the preservation of our democratic political and social institutions” (In: *Northern Pac. Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 4 (1958)).

¹⁶ Cf., a propósito, PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Análise de concentração econômica no setor de Comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública. *Revista de Direito da Concorrência*, v. especial, p. 56-87, 2003.

No caso do mercado de comunicação, por exemplo, a diversidade tem implicações fundamentais não apenas na estrita satisfação do consumidor, mas também na sua informação e formação como cidadão. A diversidade, neste caso, corresponde a riqueza social. Aqui, a concentração poderia ter conseqüências nefastas para o desenvolvimento cultural e intelectual da população, circunstância que produz conseqüências de toda ordem (política, científica, social, artística). Sob um certo ângulo, é mesmo possível argumentar que a concorrência promove a consagração de *liberdades individuais e de expressão*, dentre as quais a liberdade de iniciativa e de consumo.¹⁷

É possível, ainda, apontar o benefício de *superação automática de desequilíbrios* advindos de um choque na oferta ou na demanda.¹⁸ Em tese, uma queda na demanda de um produto leva à redução de seu preço, do que, espera-se, resulta novo crescimento da demanda. Neste sentido, afirma-se que a concorrência promove contínuos ajustes automáticos, torna as empresas mais saudáveis e minimiza as complicações resultantes de momentos de recessão.

Por fim, não havendo grandes diferenciações de preço, os agentes atuantes neste mercado tendem a *investir em tecnologia* que possa diferenciar o seu produto, tentando fidelizar o consumidor por meio da sua qualidade.¹⁹ Trata-se da chamada eficiência

¹⁷ Nesta direção, Okeoghene Odudu argumenta que a “competition can also be used to promote and enhance freedom. Certain freedoms are inherent in competitive markets: individuals are free to participate as producers and free to decide what to produce. In this way, individuality is expressed. The freedom to participate in the marketplace is taken by its strongest advocates as a right, and described as ‘a constituent part of private autonomy’. (...) In addition to the freedom to produce, competitive markets also provide a range of goods and services, allowing us to express our individuality by choosing what to consume” (In: *The boundaries of EC Competition Law*. New York: Oxford University Press, 2006. p. 14).

¹⁸ V. GÉNÉREUX, Jacques. *Introduction à l'économie*. 3. ed. Paris: Seuil, 2001. p. 116; AREEDA, Philip. *Antitrust Analysis: material, text, cases*. Boston: Little, Brown and company, 1967. p. 09-10.

¹⁹ Nas palavras de Richard Whish: “A further benefit of competition, which cannot be proved scientifically, is that producers will constantly innovate and develop new products as part of the continual battle of striving for consumers’ business. Thus competition may have the desirable effect of stimulating important technological research and development. This assumption has been questioned. Some argue that only monopolists enjoy the wealth to innovate and carry out expensive research” (In: *Competition Law*. 5. ed. London: Lexis Nexis. p. 4). No mesmo sentido, v. STIGLITZ, Joseph. *Economics*. 2. ed. Nova York: W.W. Norton & Company, 2000. p. 392.

dinâmica. É um benefício adicional ao consumidor, que terá opções para satisfazer os seus gostos e realizar o seu bem-estar.²⁰

Eis porque optou o legislador por guardar à concorrência um papel primordial no sistema jurídico brasileiro. Já no texto constitucional, isto fica evidente.²¹ No título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, estabelece-se a *livre concorrência* como princípio da ordem econômica (art. 170, IV), do que resulta o dever do Estado brasileiro de proteger a competitividade dos mercados. Esta proteção da competitividade se alcança por vias *ativas* e *negativas*. Do ponto de vista ativo, implica o dever de adotar medidas que *maximizem* a competitividade de mercados ou *restabeleçam* a concorrência eliminada artificialmente. É esta, aliás, a expressão exata do §4º do art. 174, que determina a repressão do abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, *à eliminação da concorrência* e ao aumento arbitrário dos lucros. Do ponto de vista negativo, cumpre ao Estado *abster-se* de restrições desnecessárias ou desproporcionais ao processo concorrencial ou a algum de seus aspectos (preço, qualidade do produto, características peculiares do serviço etc.). Esta é uma das razões pelas quais a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só é permitida em hipóteses bem restritas (art. 173, *caput*) e, ainda assim, com uma série de previsões tendentes a impedir que as empresas estatais possuam quaisquer privilégios em relação aos seus concorrentes privados (v. art. 173, §1º, inc. II, e §2º).

²⁰ Há alguma controvérsia quanto a este benefício adicional do cenário concorrencial. Em específico, é conhecida a posição de Joseph Schumpeter, para quem os benefícios da inovação estariam normalmente vinculados à dominância no mercado. Apenas os agentes monopolistas, fazendo uso do seu lucro excessivo, poderiam investir pesadamente em pesquisas tecnológicas (cf. *Capitalism, Socialism and Democracy*. Taylor&Francis Books, 1976). O argumento de Schumpeter é assim sumariado por Philipp Areeda: (i) o poder de mercado não é particularmente importante porque será muito rapidamente erodido pelo processo de inovação ou “destruição criativa”; (ii) o poder de mercado gera o lucro excessivo que permite a pesquisa e o desenvolvimento e, assim, a inovação; (iii) o poder de mercado, ademais, cria condições de estabilidade para a empresa que se dispõe a correr o risco da inovação; (iv) a inovação ou o progresso econômico contribui muito mais para o bem estar do consumidor do que qualquer eficiência alocativa de curto-prazo (In: *Antitrust Analysis*: material, text, cases. Boston: Little, Brown and company, 1967. p. 13). Sobre o tema da inovação e o direito antitruste, ver ainda a coletânea de JORDE, Thomas M.; TEECE, David J. (Ed.). *Antitrust, Innovation, and Competitiveness*. Oxford: OUP, 1992.

²¹ Mesmo a revogação do art. 171 pela Emenda Constitucional nº 06/95 pode ser destacada para demonstrar a valorização constitucional da concorrência em nosso sistema jurídico. Esta revogação implicou a facilitação da entrada das empresas multinacionais e estrangeiras no mercado brasileiro, ampliando a pressão concorrencial.

Também se podem adicionar aqui as previsões constitucionais relativas à liberdade de iniciativa econômica. Ela produz reflexos imediatos na competitividade dos mercados, que dependem em larga medida da ausência de restrições à entrada e à criatividade empresarial.²² No nosso texto constitucional, a livre iniciativa é erigida, logo no primeiro artigo, a fundamento da República (art. 1º, IV).²³ No rol dos direitos e garantias fundamentais, está explícita a previsão da liberdade de exercício “de qualquer trabalho, ofício ou profissão” (art. 5º, inc. XIII), disposição que, aliás, constitui uma conseqüência lógica da previsão anterior, do inciso II (princípio da legalidade), e da garantia, no *caput*, à inviolabilidade do direito à liberdade.²⁴ As restrições à liberdade profissional deverão estar previstas em lei, além de limitar-se à natureza de “qualificações profissionais”. Ainda mais amplamente, o parágrafo único do art. 170 assegura o livre exercício de “qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

A liberdade de iniciativa implica não apenas a liberdade de entrada, mas também a valorização da criatividade do empresário na organização do seu negócio.²⁵ Daí poder caracterizarem-se como violação à livre iniciativa e à livre concorrência as restrições à liberdade do empresário para, em quaisquer aspectos de sua atuação econômica, empreender estratégias que sirvam a diferenciá-los de seus concorrentes e a cativar os consumidores (v.g., redução de preços, promoções para ganhar mercado, qualificação de funcionários, remodelação gráfica de produtos, ampliação do horário de prestação dos serviços etc.).

²² Cf. DELVOLVÉ, Pierre. *Droit public de l'économie*. Paris: Dalloz, 1998. p. 109.

²³ É também apontada como base da nossa ordem econômica, a teor do art. 170, *caput*, da Constituição Federal.

²⁴ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 181. Ver também a previsão da liberdade de expressão “intelectual, artística, científica e de comunicação” (art 5º, inc. IX), bem como a liberdade de associação (art. 5º, inc. XVII, XVIII, XIX e XX), que também poderão constituir-se em liberdades econômicas.

²⁵ No mesmo sentido, defendem José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira que a liberdade de iniciativa “consiste, por um lado, na liberdade de iniciar uma atividade econômica (direito à empresa, liberdade de criação de empresa) e, por outro lado, na liberdade de gestão e atividade da empresa (liberdade de empresa, liberdade de empresário)” (In: *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2. ed. Coimbra, Coimbra Ed., 1984. v. 1, p. 328).

A proteção jurídica da competitividade dos mercados ganha contornos ainda mais concretos na normatização infraconstitucional. Neste âmbito, destaca-se a Lei nº 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.²⁶ Uma destas infrações é a limitação da livre concorrência (art. 20, D). Igualmente, constituem infrações a “dominação de mercado relevante de bens ou serviços” (inc. II) e o “exercício abusivo da posição dominante” (inc. IV), formas que denunciam alguma restrição concorrencial. Tomada como um todo, esta lei é mais uma demonstração da atuação do Estado brasileiro na proteção da concorrência. Suas disposições substantivas podem ser aplicadas por entidades administrativas ali previstas (em especial, pelo CADE, autarquia judicante vinculada ao Ministério da Justiça), mas também pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV). É, pois, expressão da “via ativa” de proteção da competitividade que se mencionou acima. Mas também esta lei limita o campo de ação do Estado na economia, contribuindo para a “via negativa” de que se falou. Afinal, as suas disposições se aplicam também ao setor público (art. 15).²⁷

2.3 As limitações sociais do mercado concorrencial

O fato é que determinadas circunstâncias sociais ou peculiaridades setoriais poderão indicar a inadequação do ambiente concorrencial. De fato, outros valores e princípios fixados pela ordem jurídica poderão se revelar incompatíveis com a concorrência. Dito de outro modo, nem sempre ela promoverá um estado de coisas desejável ou corresponderá ao ideal social, tal como se poderia supor simploriamente. Às vezes o jogo de forças competitivo poderá conduzir a situações socialmente maléficas. Os exemplos são muitos; abaixo se citam apenas os mais evidentes.

A primeira e mais clara situação de impropriedade concorrencial é a dos mercados em que se verificam *economias de*

²⁶ Também poderia ser citada a lei de crimes contra a ordem econômica (Lei nº 8.137/90), que permanece vigente, de acordo com o art. 85 da Lei nº 8.884/94.

²⁷ É a redação do art. 15: “Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”.

escala, economias de escopo, ou monopólios naturais. Estas circunstâncias apontam para a maior eficiência econômica de um mercado com apenas um ou com poucos agentes.²⁸ Nestes casos, é inapropriado tentar promover nível de competição que destruiria a eficiência que a concentração promove.²⁹ O exemplo clássico é o do setor ferroviário (monopólio natural). A eventual duplicação da rede ferroviária importaria custos exorbitantes, que impediriam que o novo agente cobrasse preços competitivos.

Também é possível que determinados valores sociais, culturais ou políticos de alguns setores da economia desaconselhem a sua submissão às leis do mercado. A competição, nestes casos, levaria a um estado de coisas esdrúxulo e, portanto, é desejável que se lhe imponham certos limites. Assim, a Constituição prevê monopólio estatal para a exploração de atividades consideradas politicamente estratégicas, como a refinação do petróleo (art. 177, II).³⁰ Também é este o caso de alguns setores com maior sensibilidade social, como o mercado de trabalho. Não é saudável promover competição exacerbada e ilimitada entre os trabalhadores para a aquisição de empregos. Esta circunstância levaria alguns trabalhadores a submeterem-se a condições precárias e salários ínfimos, considerando-se o seu baixíssimo poder de barganha (há, afinal, muito mais trabalhadores do que vagas de trabalho).³¹ Daí porque o nosso sistema jurídico (a começar pela Constituição Federal, no

²⁸ Configura-se a economia de escala quando um aumento na quantidade produzida implica a diminuição do custo por unidade. Por sua vez, a economia de escopo corresponde à situação em que é mais barato produzir duas unidades de uma só vez do que produzi-las separadamente. O monopólio natural, por fim, é aquela situação em que o custo de produção é muito inferior quando apenas uma empresa serve o mercado.

²⁹ Cf. HOVENKAMP, Herbert. Antitrust and the regulatory enterprise. *Columbia Business Law Review* 335, p. 338, 2004; WHISH, Richard. *Competition Law*. 5. ed. London: Lexis Nexis. p. 9.

³⁰ Inserido pela Emenda Constitucional nº 09/95, o §1º do art. 177 permite que a União contrate empresas para a realização destas atividades por ela monopolizadas, observadas as condições previstas em lei.

³¹ Cf., a propósito, BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding Regulation*. New York: Oxford, 1999. p. 14. Ao mesmo problema alude Phillip Areeda: "In several areas there is a widespread conviction that competition is too harsh or at least that producers should have more than competition gives them. For example, the individual seller of labor or of wheat is thought to be unfairly disadvantaged in dealing with large and powerful buyers on the other side of the market. Collective bargaining and agricultural price supports are often justified on this ground" (In: *Antitrust Analysis*: material, text, cases. Boston: Little, Brown and company, 1967. p. 12).

art. 7º) estabelece de pronto toda uma série de garantias mínimas ao trabalhador, das quais ele não pode abrir mão.

Por outro lado, a livre competição em mercados como o de transportes poderia causar alguns sérios problemas.³² O afã de reduzir os custos para vender mais barato poderia resultar em descuidos ou poucos investimentos em itens de segurança, por exemplo.³³ Semelhantes resultados poderiam suceder com a ampla competitividade em setores de menor racionalidade econômica, como o da educação ou da saúde. Alguma limitação da competitividade, aqui, é devida para evitar desastrosos.

De igual modo, para os casos de serviços reputados essenciais para os cidadãos (notadamente os serviços públicos), a competitividade acirrada poderia levar os fornecedores a focar os seus esforços apenas nas mais lucrativas áreas, épocas ou parcelas da população, fato que causaria problemas de descontinuidade ou falhas de universalização do serviço.³⁴ Exemplo corrente deste fenômeno, referido na ciência econômica como *cream skinning*, é o incentivo dos operadores de telecomunicações a investir apenas na ampliação de suas redes para a cobertura de regiões lucrativas. O resultado é a inacessibilidade do serviço para a população que vive em áreas mais pobres ou afastadas dos grandes centros urbanos (falhas de universalização). Do mesmo modo, os operadores de um serviço de transporte para uma região praiana poderiam optar pela descontinuidade do serviço durante o inverno, em que a sua lucratividade é menor, fato que causaria danos à população que necessita visitar a região

³² Daí resulta a previsão do art. 178 da Constituição, prevendo normatização específica para ordenar os transportes aéreo, aquático e terrestre.

³³ É a preocupação com a segurança que justifica a previsão de lei específica a regular o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional (art. 177, §3º)

³⁴ Afirma Alexandre Santos Aragão: “No caso da regulação de serviços públicos a questão é ainda mais intrincada, uma vez que a instalação generalizada da concorrência no setor pode prejudicar a arrecadação das tarifas necessárias à universalização dos serviços a cargo da concessionária que tem o domínio da totalidade ou da maior parte do mercado, já que a exclusividade ou pelo menos o domínio do mercado pode ser um importante fator da receita necessária à almejada universalização. A total abertura de um setor destes moldes à concorrência certamente beneficiaria em curto prazo os usuários atuais, mas, por outro lado, poderia, pela redução concorrencial das tarifas, suprimir as verbas necessárias à ampliação dos serviços” (In: *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 294).

fora do período de pico. A livre concorrência, neste contexto, poderia conspirar contra as garantias de cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III, e art. 170, *caput*, da CF). Daí prever a lei regulação mais incisiva nesta espécie de atividade econômica (art. 175, CF).³⁵ Seria possível, por exemplo, promover alguma espécie de proteção de um ou mais agentes da pressão concorrencial, para que se possam atender a estes públicos desprivilegiados específicos.³⁶

Também a conspirar contra o idealismo concorrencial, é possível que uma específica fusão de duas ou mais empresas, ao torná-las mais fortes, promova o aumento da produtividade ou a melhoria da qualidade de bens ou serviços, propicie a eficiência³⁷ ou o desenvolvimento tecnológico e econômico, como admite o art. 54 da Lei nº 8.884/94, que possibilita a autorização de atos de concentração que se encaixem nestas características.

Nesta mesma direção, é fundamental apontar que a concentração pode ir ao encontro dos desídijs da política econômica vigente para determinado setor. Suponha-se, por exemplo, que seja política e economicamente interessante para o país possuir uma empresa forte no setor de aviação, para concorrer no mercado internacional (política do “campeão nacional”). Parece evidente que este objetivo será melhor alcançado por uma (ou algumas) grande(s) empresa(s), do que por aquelas que ocupam um

³⁵ Já no texto constitucional está previsto que a lei que regula a delegação de serviços públicos deverá dispor sobre as condições dos contratos, os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado (v. incisos do parágrafo único do art. 175).

³⁶ Neste mesmo sentido, a realização dos objetivos de construir uma sociedade “justa e solidária” (art. 3º, I, CF), “garantir o desenvolvimento nacional” (art. 3º, II, CF) ou “reduzir as desigualdades sociais” (art. 3º, III, CF) dependem em larga medida da interferência estatal na economia.

³⁷ A propósito dos ganhos de eficiência nas fusões, cf. McGOWAN, John J. *Mergers for power or progress?*. In: M. FISHER, Franklin (Ed.). *Antitrust and regulation*. Cambridge: MIT Press, 1985. Em certo trecho, afirma o autor: “In addition, several cases studies and sample surveys have shown that some mergers, especially horizontal ones, do increase efficiency by facilitating better production planning, adjustment to changing technology, and more effective utilization of central staff resources. The evidence also suggests that increases in efficiency would have come about more slowly, if at all, without the mergers. Finally, Leonard W. Weiss reported that the extent of suboptimal capacity in industries decreased with rising concentration and suggested, therefore, that horizontal mergers contributed to efficiency. These empirical studies indicate that, even though increases in efficiency or adaptations to changing market conditions can occur through internal growth, mergers and acquisitions may be a speedier and less costly means” (in idem, p. 09).

mercado atomizado.³⁸ Esta é uma circunstância que poderá indicar a adequação de um mercado concentrado.

Semelhantemente, política industrial de Estado para apoiar as micro e pequenas empresas pode também justificar que se lhes conceda “tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias”, como previsto no art. 179 da Constituição brasileira. Há, nesta hipótese, criação artificial de vantagens competitivas que se legitimam em função dos benefícios sociais decorrentes da valorização dos pequenos empreendimentos, como a geração de empregos e riquezas para o país.

Ainda, não há maiores inconvenientes sociais quando a dominação do mercado decorreu de maior eficiência econômica do agente dominante: “a concorrência é feita para que alguém a vença”. Seria paradoxal pretender como indesejada a situação em que um dos concorrentes passa a se destacar no mercado (que se torna, então, menos competitivo), se é justamente este o objetivo da concorrência, do ponto de vista deles.³⁹

A ausência de concorrência poderá, por fim, favorecer aquela empresa que investiu em algum setor muito arriscado, mas de considerável valor social. Também, neste sentido, a proteção legal que normalmente se confere à propriedade intelectual, embora possa levar a situações de nulidade concorrencial, é socialmente desejável, na medida em que produz incentivos à criação intelectual e inovação tecnológica e promove o desenvolvimento econômico do país.⁴⁰ Daí prever a Constituição Federal a concessão aos autores de inventos industriais de privilégio temporário para sua utilização (art. 5º, XXIX).

2.4 Conclusão

De todo o exposto, tem-se que o cenário concorrencial induz a uma série de relevantes benefícios sociais, econômicos, políticos

³⁸ Estes argumentos estiveram presentes no polêmico julgamento do CADE para o caso AMBEV (v. Processo Administrativo nº 08012.005846/99-12. Conselheira Relatora: Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva. *DOU*, 07.04.00).

³⁹ Cf. KEYES, Lucille Sheppard. The Problem of the ‘good trust’. In: PHILLIPS, Almarin. *Perspectives on Antitrust Policy*. New Jersey: Princeton University, 1965.

⁴⁰ V. HOVENKAMP, Herbert. Antitrust and the regulatory enterprise. *Columbia Business Law Review* 335, p. 336, 2004.

e mesmo culturais, circunstância que justifica a sua ampla proteção constitucional. Por outro lado, há diversas razões legítimas, e também constitucionalmente embasadas, para que o Estado procure mitigar a concorrência em determinado setor da economia. É que, nestes casos, o jogo de forças concorrencial, só por si, não levaria à promoção do ideal social antes apontado. Esta circunstância demonstra a necessidade de uma intervenção estatal para guiar os resultados alcançados pelo mercado, desviando-o de seu devir natural para a direção socialmente desejável. Em suma, o Estado precisa *regular*.

O fundamental, contudo, seria que estas restrições concorrenciais se mantivessem neste nível ótimo para realização de outras relevantes finalidades sociais. Como visto na introdução, é justamente *porque* isto não ocorre e *para que* isto venha a ocorrer que se apresentam os capítulos a seguir, em que se examinam diferentes estratégias para a minimização do impacto anticompetitivo da regulação estatal.

A anulação judicial da lei restritiva da concorrência

Sumário: **3.1** O objetivo e a estrutura deste capítulo - **3.2** A validade jurídica da lei restritiva da concorrência no direito comparado - **3.2.1** O caso dos Estados Unidos - **3.2.1.1** Regulação estadual: a *State Action Doctrine* - **3.2.1.2** Regulação federal - **3.2.1.3** Conclusão sobre o caso americano - **3.2.2** O caso da União Européia - **3.2.2.1** Violação ao artigo 10 - **3.2.2.2** Violação ao artigo 86 - **3.2.2.3** Conclusão sobre o caso europeu - **3.3** A validade jurídica da lei restritiva da concorrência no Brasil - **3.3.1** A regulação dos serviços públicos - **3.3.1.1** A problemática questão do conceito de serviço público - **3.3.2** A regulação das atividades econômicas em sentido estrito - **3.3.2.1** A hipótese da insindicabilidade da escolha do legislador - **3.3.2.2** A hipótese da hierarquização de princípios constitucionais - **3.3.2.3** A ponderação concreta de princípios constitucionais - **3.3.2.3.1** Razoabilidade e proporcionalidade como postulados normativos - **3.3.2.3.2** A razoabilidade e suas diferentes acepções - **3.3.2.3.3** A proporcionalidade e os exames a ela inerentes - **3.3.2.3.3.1** A adequação - **3.3.2.3.3.2** A necessidade - **3.3.2.3.3.3** A proporcionalidade em sentido estrito - **3.3.2.3.4** Notas finais de ordem prática - **3.4** Conclusão

3.1 O objetivo e a estrutura deste capítulo

Neste capítulo será examinada a primeira das estratégias para a minimização do impacto anticompetitivo da regulação estatal, aquela que consiste no enfrentamento *direto* da própria regulação, mediante tentativa de anulá-la judicialmente. Como a anulação judicial de uma medida pública depende da sua invalidade jurídica, a questão que precisa ser aqui enfrentada é a

seguinte: *em quais circunstâncias a restrição concorrencial operada legislativamente é juridicamente inválida?*⁴¹

Para possibilitar o aprofundamento das considerações pertinentes e permitir um exame mais interessante do direito comparado, optou-se por tratar exclusivamente das restrições concorrenciais veiculadas em lei.⁴² Assim, no contexto brasileiro, a questão acima remete à identificação das limitações constitucionais à anticompetitividade da legislação.

A dificuldade resulta de que, ao passo em que determina a proteção da competitividade dos mercados, a Constituição brasileira consagra a proteção de valores jurídicos outros, alguns dos quais são dificilmente conciliáveis com o ambiente concorrencial. A legislação que prejudica a concorrência pode estar a serviço destes outros valores jurídicos relevantes. Põe-se, então, a questão de saber quando a limitação da concorrência é juridicamente aceitável, e quando ela não o é. O desvelo das hipóteses de invalidade da restrição concorrencial veiculada em lei permitirá esclarecer os casos em que a estratégia da sua anulação judicial poderá ser utilizada. Eis a razão do interesse científico.

A exposição se inicia com um relato das circunstâncias que determinam a invalidade da anticompetitividade legislativa nos Estados Unidos e na União Européia (item 3.2). Em seguida, passa-se ao caso brasileiro (item 3.3). Ali será visto que as limitações constitucionais à anticompetitividade da legislação diferem para os casos de regulação de serviços públicos (3.3.1) e de atividades econômicas em sentido estrito (3.3.2).

⁴¹ Note-se bem a estrita amplitude do objeto. Ele se insere na questão do controle judicial da regulação pública, mas é apenas uma pequena parte deste outro tema. Uma regulação poderá ser inválida por razões estranhas ao objeto deste capítulo, como ausência de competência para emití-la, vício de forma ou violação a bens jurídicos outros que não a concorrência, por exemplo. Aqui só interessam as condições de invalidade por violação a normas protetivas da concorrência. A idéia é esclarecer em quais casos a restrição concorrencial, em si, é possível.

⁴² A restrição do objeto de interesse às medidas de natureza legislativa decorre de uma exigência metodológica. Não seria possível cuidar da disciplina de cada uma das diferentes formas jurídicas que a regulação pode tomar. A regulação não é um conceito jurídico, para o qual se aplica um único e bem definido regime jurídico. Daí a opção por focar nas regulações anticompetitivas veiculadas em lei, as quais possuem, em nosso sistema jurídico, maior potencial restritivo da concorrência.

3.2 A validade jurídica da lei restritiva da concorrência no direito comparado

Inicia-se pelo relato do direito comparado. No caso da União Europeia, importará avaliar as condições de validade jurídica das restrições concorrenciais veiculadas nas legislações dos Estados Membros perante as normas antitruste inscritas no Tratado Europeu. No caso americano, no entanto, a dúvida deste capítulo faz pouco sentido.

3.2.1 O caso dos Estados Unidos

Não é possível, nos Estados Unidos, anular judicialmente uma lei, com fundamento em sua anticompetitividade. Primeiro porque não há regras antitruste de ordem constitucional que pudessem embasar um controle de constitucionalidade com este fundamento. Segundo porque a Suprema Corte já deixou claro que a legislação protetiva da concorrência (em especial, o *Sherman Act*) não pode ser aplicada às medidas estatais de regulação da economia, nem pode ser invocada contra o próprio regulador. A argumentação que fundamenta esta última tese é curiosamente distinta quer se trate de regulação federal ou estadual.

3.2.1.1 Regulação estadual: a *State Action Doctrine*⁴³

No contexto da regulação estadual, faz-se referência à *State Action Doctrine* (ou Teoria da Ação Política, na tradução normalmente utilizada pela doutrina brasileira),⁴⁴ que nasce a partir do conflito entre a política antitruste federal e a soberania estadual para impor esquemas regulatórios que mitiguem ou eliminem a

⁴³ Para um estudo aprofundado deste tema, recomenda-se a leitura dos seguintes artigos: SEMERARO, Steven. Demystifying antitrust State Action Doctrine. 24 *Harvard Journal of Law & Public Policy*, p. 203-282, 2000-2001; INMAN, Robert P.; RUBINFELD, Daniel L. Making sense of the antitrust State-Action Doctrine: balancing political participation and economic efficiency in regulatory federalism. 75 *Texas Law Review*, p. 1203-1300, 1996-1997; MCGOWAN, David; LEMLEY, Mark A. Antitrust Immunity: State Action and federalism, petitioning and the first amendment. 17 *Harvard Journal of Law & Public Policy*, p. 293, 1994.

⁴⁴ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e Antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes et al. (Org.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 130; RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. *Direito das telecomunicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 118.

concorrência.⁴⁵ A primeira manifestação da Suprema Corte americana a este respeito se deu no julgamento do caso *Parker v. Brown*, de 1943. O Estado da Califórnia havia estabelecido esquema regulatório que autorizava a limitação da produção e fixação de preços de diversos produtos agrícolas por Comissões eleitas pela maioria dos produtores, nas quais o Secretário da Agricultura tinha assento permanente. A intenção declarada era restringir a concorrência entre os produtores de modo a “conservar a riqueza agrícola do Estado” e “evitar gastos econômicos desnecessários na distribuição da produção agrícola dentro do Estado”.⁴⁶ Um produtor local de passas impugnou o esquema, levando a questão ao Poder Judiciário sob o argumento de violação às normas de defesa da concorrência.⁴⁷

A Suprema Corte rejeitou esta alegação, considerando que o Estado impôs as restrições à concorrência num *ato de governo* não proibido pelo *Sherman Act*.⁴⁸ Mais especificamente, a Suprema Corte observou que não era a intenção desta lei restringir a soberania estadual no estabelecimento das políticas que julga adequadas.⁴⁹ O posicionamento da Corte foi bastante claro no sentido de privilegiar o forte federalismo americano, protegendo as escolhas políticas dos Estados soberanos, mesmo que elas corram em prejuízo aos objetivos concorrenciais federais.⁵⁰ Muito simplificada-

⁴⁵ A *State Action Doctrine* envolve conclusões a respeito dos limites de licitude concorrencial de uma regulação estadual e das condições de imunidade das condutas privadas realizadas em conformidade com ela. Neste capítulo, trataremos apenas do primeiro destes problemas — a questão da imunidade para condutas privadas realizadas em consonância com regulação estadual anticompetitiva será enfrentada no capítulo sexto desta dissertação.

⁴⁶ *Parker v. Brown*, (1943) 317 U.S. 341, 346. Para um interessante relato histórico da *State Action Doctrine*, ver HOVENKAMP, Herbert. Federalism and Antitrust Reform. 40 *University of San Francisco Law Review* 627, 2005-2006.

⁴⁷ A ação de Brown (produtor de passas) foi movida contra o Secretário de Agricultura do Estado da Califórnia, Parker.

⁴⁸ Cf. HJELMFELT, David C. *Antitrust and regulated industries*. New York: John Wiley & Sons, 1985. p. 275. Em *City of Columbia*, a Suprema Corte esclareceu que a “immunity does not necessarily obtain where the State acts not in a regulatory capacity but as a commercial participant in a given market” (in 499 U.S. 374, 375).

⁴⁹ *Parker v. Brown*, (1943) 317 U.S. 341. Eis o trecho da decisão a que se fez referência: “The state in adopting and enforcing the prorate program made no contract or agreement and entered into no conspiracy in restraint of trade or to establish monopoly but, as sovereign, imposed the restraint as an act of government which the Sherman Act did not undertake to prohibit”.

⁵⁰ Cf. JORDE, Thomas M. Antitrust and the New State Action Doctrine: a return to deferential economic federalism. 75 *California Law Review* 227, p. 227, 1987; RICHARDS, Eric L. Exploring the far reaches of the State Action exemption: implications for federalism. 57 *St. John's Law Review* 274, p. 274, 1982-1983.

decidiu-se que a disciplina antitruste federal não se aplica aos atos dos Estados da federação americana,⁵¹ nem limita a sua soberania, não havendo *ilicitude concorrencial* de regulações estaduais. A consequência imediata deste posicionamento é que produtores prejudicados pelo esquema regulatório estabelecido pelo Estado soberano não podem acioná-lo para desfazer a regulação ou pleitear reparação de danos.⁵²

3.2.1.2 Regulação federal

Por outro lado, a fundamentação da conclusão de que o *Sherman Act* não se aplica à regulação federal é bastante menos sofisticada: esta lei dirige-se explícita e exclusivamente a “pessoas” (no inglês, *persons*), termo em que não se incluíam as entidades estatais. Este entendimento começou a ser construído no julgamento do caso *United States v. Cooper Corp.*,⁵³ em que os Estados Unidos tentavam acionar a empresa Cooper Corp por fixação colusiva de preços. Após longa análise, a Corte esclareceu que os termos usados pelo *Sherman Act* não permitem que os Estados Unidos ou as entidades a eles vinculadas acionem ou sejam acionados com base nesta legislação.⁵⁴

⁵¹ Estão envolvidas nesta imunidade decorrente da soberania os atos da Assembléia Legislativa Estadual, da Suprema Corte Estadual e do Governo do Estado. V., a propósito, Harris Dean M. State Action Immunity from Antitrust Law for Public Hospitals: the hidden time bomb for health care reform. 44 *University of Kansas Law Review*, p. 475-477, 1995-1996.

⁵² Esclareça-se que esta imunidade antitruste de que gozam os Estados não se estende às municipalidades. Elas não detêm, no sistema federativo americano, soberania semelhante à dos Estados. Por esta razão, para que as decisões políticas dos agentes públicos municipais que restringem a concorrência estejam imunes à aplicação do *Sherman Act*, será necessária autorização estadual pertinente. Assim, uma lei da cidade de New Orleans que restringia o número de táxis (regulação da entrada) e determinava as tarifas a serem por eles cobradas foi considerada lícita pela FTC por força de lei do Estado de Louisiana que autorizava as suas cidades a restringir a competição neste setor. V. *City of New Orleans*, 105 *Federal Trade Commission* 1 (1985).

⁵³ *United States v. Cooper Corp.*, 312 U. S. 600. Este trecho da decisão é esclarecedor: “The provision is that the word ‘person’, or ‘persons’, wherever used in this act (section 1, 2, 3, or 15 of this chapter) shall be deemed to include corporations and associations existing under or authorized by the laws of either the United States, the laws of any of the Territories, the laws of any State, or the laws of any foreign country. The very fact, however, that this sweeping inclusion of various entities was thought important to preclude any narrow interpretation emphasizes the fact that if the United States was intended to be included Congress would have so provided”.

⁵⁴ É curioso que a Suprema Corte utilize argumentos diferentes para impedir o exame da licitude concorrencial da regulação estadual e federal, quando o argumento utilizado para esta última

A Suprema Corte voltou a este tema no julgamento do recente caso *United States Postal Service (USPS) v. Flamingo Industries*, em 2004.⁵⁵ A USPS é responsável pela regulação do setor postal americano, além de nele atuar como agente econômico. Após haver rescindido o contrato por meio do qual a Flamingo Industries lhe provia envelopes e outras formas de embalar correspondências, a USPS viu-se acionada por esta empresa, sob a alegação de que estaria buscando suprimir a concorrência e criar um monopólio no provimento deste serviço. A Corte notou que a USPS não constituía uma “pessoa”, nos termos da legislação que a instituiu, o *Postal Reorganization Act* (PRA). Em suma, sendo parte do Estado Federal americano (“part of the Government”), a USPS “não é controlada pelas leis antitrustes”.⁵⁶

3.2.1.3 Conclusão sobre o caso americano

A posição americana acaba por consagrar a insindicabilidade, do ponto de vista jurídico, da restrição concorrencial promovida pelo legislador. Este problema só pode ser enfrentado, nos Estados Unidos, pela via política, pleiteando-se que não seja aprovada legislação anticompetitiva ou que seja ela retirada pelo próprio legislador, quando já aprovada e vigente.

3.2.2 O caso da União Européia

Na União Européia, as leis dos Estados Membros podem ser consideradas inválidas por violação ao direito antitruste comunitário.⁵⁷

caberia, igualmente, para a primeira. Com efeito, a idéia de que ao utilizar o termo “pessoas” (persons), o *Sherman Act* não se aplicaria às entidades estatais serviria como fundamento para as imunidades estadual e federal. No entanto, quando se trata de regulação estadual, a Suprema Corte prefere fazer menção a vedações originárias do federalismo americano.

⁵⁵ *Postal Service v. Flamingo Industries Ltd.*, 540 U. S. 736 (2004). Sobre este caso, v. SAPPINGTON, David E. M.; SIDAK, J. G. Competition law for state-owned enterprises. 71 *Antitrust Law Journal*, p. 481, 2003-2004.

⁵⁶ *Postal Service v. Flamingo Industries Ltd.*, 540 U. S. 736 (2004). É a conclusão: “The Postal Service is not subject to antitrust liability. In both form and function, it is not a separate antitrust person from the United States but is part of the Government, and so is not controlled by the antitrust laws”.

⁵⁷ V. CHARBIT, Nicolas. *Le droit de la concurrence et le secteur public*. Paris: Harmattan, 2002. p. 65. Afirma este autor: “Ainsi, l’évolution du droit communautaire a permis d’aboutir à la condamnation d’un Etat membre en tant qu’autorité normative, dépassant le truisme de l’applicabilité des dispositions de concurrence aux seuls opérateurs économiques du secteur public”.

Neste caso, elas são anuladas e o Estado em questão poderá responder pelos danos causados.⁵⁸ Esta invalidade da legislação nacional perante o direito antitruste comunitário poderá decorrer da violação a dois diferentes dispositivos do Tratado que estabelece a Comunidade Europeia: o art. 10 e o art. 86.

3.2.2.1 Violação ao artigo 10

Neste artigo do Tratado, fixam-se, para os Estados Membros, obrigações genéricas de cooperação para a promoção dos objetivos do Tratado, tanto positivamente (por meio da adoção das medidas adrede adequadas) como negativamente (mediante a abstenção de atos que possam comprometer estes objetivos).⁵⁹ A questão é: em quais casos se entende que uma medida nacional restritiva da concorrência viola “as finalidades da Comunidade” ou “compromete os objetivos do Tratado”?

O primeiro esboço de resposta foi dado pela Corte Europeia de Justiça (CEJ) no caso *INNO*, em 1977, quando se afirmou que o Estado Membro infringiria o Tratado ao adotar medidas que “retirassem das normas concorrenciais o seu ‘efeito útil’”.⁶⁰ Esta formulação, contudo, fornecia bases ainda muito pouco concretas. Era difícil saber em que consistia “o efeito útil” intocável das normas concorrenciais comunitárias.

A *INNO Doctrine* ganhou elaboração mais precisa no caso *Van Eycke*, em que a Corte fixou o entendimento, seguidamente

⁵⁸ É esta a principal conclusão do trabalho comparativo da professora Eleanor M. Fox: “When States violate EC Law, injured private persons and the Member States’ own antitrust authorities and courts may hold them to account. Indeed, Member State competition authorities may have a duty — among many other tasks — to ferret out offending Member State law. And when sued by individuals whose rights they have violated, UK and Germany and Italy have no Eleventh Amendment Defense (...) In the United States, in contrast, there is no Article 10; there is the Eleventh Amendment: there is no right of a state antitrust authority (e.g. California’s antitrust chief) to disapply the California raisin cartel law, let alone a duty to do so. No effective tools are in place to light the fire of duty under the state, or to call the offending state to account. State sovereignty is the rule of decision” (State action in comparative context: What if Parker v. Brown were Italian?. In: HAWK, Barry (Ed.). *International Antitrust Law & Policy*: Fordham Corporate Law 2003. New York: Juris, 2003. p. 473).

⁵⁹ Eis o texto do dispositivo: “Article 10 - Member States shall take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of this Treaty or resulting from action taken by the institutions of the Community. They shall facilitate the achievement of the Community’s tasks. They shall abstain from any measure which could jeopardise the attainment of the objectives of this Treaty”.

⁶⁰ Case 13/77 *GB-Inno v. ATAB* [1977] ECR 2115.

repetido, de que se verifica uma infração ao art. 10 do Tratado quando a regulação estatal (i) requer, favorece ou reforça a adoção de acordos, decisões ou práticas privadas concertadas infrativas do direito antitruste comunitário, bem como quando (ii) delega às empresas atuantes no setor a responsabilidade de tomar as decisões econômicas que as afetam.⁶¹

A primeira hipótese se verificou, por exemplo, no caso *Van Vlaamse Reisbureaus*,⁶² em que o Estado belga oficializou um cartel privado, estabelecendo em lei punições para os agentes de turismo que concedessem descontos aos seus clientes. O esquema foi julgado incompatível com o Tratado da União Européia, em consonância com o que estabelece a primeira fase do teste enunciado em *Van Eycke*.

A segunda hipótese se verificou no caso *Comission vs Italy*.⁶³ Tratava-se de transferência de competência normativa a organização profissional que reunia os representantes da profissão de despachantes alfandegários, o *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali*. Esta organização fixava tabela de preços obrigatórios para todos os profissionais do setor. A legislação italiana pertinente não previa a necessidade de que os integrantes da organização considerassem nas suas decisões o interesse público geral e os interesses específicos dos consumidores do serviço ou das empresas de outros setores.⁶⁴ Conseqüentemente, a lei italiana que estabeleceu este sistema foi julgada incompatível com o Tratado.⁶⁵

⁶¹ Case 267/86 *Pascal Van Eycke v ASPA NV* [1988] ECR 4769, para. 16.

⁶² V. Case 311/85, *ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus v. ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten* [1987] ECR 3801. Neste caso, o esquema de proibição de descontos era anterior à legislação estatal, na forma de acordos privados. A legislação tornou oficial esta prática anticompetitiva.

⁶³ Case C-35/96 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [1998] ECR I-3851.

⁶⁴ Nicolas Charbit explica que “afin d’apprécier la réalité de cette renonciation dans l’exercice des pouvoirs régaliens, les autorités communautaires examinent à la fois l’influence des représentants des entreprises au sein des commissions participant à l’édiction des normes (1), et le contrôle porté par l’autorité publique sur les décisions de celles-ci (2)” (In: *Le droit de la concurrence et le secteur public*. Paris: Harmattan, 2002. p. 61).

⁶⁵ A verificação casuística da efetiva existência de delegação que invalidaria a legislação estatal revela algumas curiosidades. No caso *Reiff*, o Estado alemão conferira a competência para fixar as tarifas dos serviços de transporte rodoviário de mercadorias a longa distância a uma organização formada por especialistas escolhidos pelo Ministro dos Transportes, após indicação das empresas reguladas. A medida resultou de proposta expressa destas últimas e as tarifas fixadas deveriam ser seguidas por todas as empresas que desejassem atuar no setor.

Registre-se não haver, em nenhum dos dois casos, exame *substantivo* (do mérito) da regulação estatal.⁶⁶ São irrelevantes, para a Corte Europeia de Justiça, as razões que levaram à elaboração da legislação anticompetitiva. Não lhe interessa perquirir a finalidade ou o estado de coisas que deu causa às medidas estatais. Sobre-tudo, não se examina a adequação das medidas para a realização das finalidades buscadas, não há avaliação da proporcionalidade da decisão nacional ou questionamento acerca da existência de outros meios para a realização do mesmo objetivo. Esse aspecto *formal* do exame procedido pela Corte tem recebido fortes críticas da doutrina europeia.⁶⁷

Ela compromete explicitamente a concorrência, na medida em que impede a competição por meio do preço do serviço. A despeito disto, a CEJ julgou o esquema regulatório válido, destacando (i) o fato de que a definição inicial das tarifas cabia não a representantes das empresas reguladas, mas a um grupo de especialistas independentes que, de acordo com a lei, deveria levar em consideração o interesse público; (ii) o fato de que esta tarifa precisava ser homologada pelo Ministro dos Transportes, que poderia, ainda, substituir a decisão deste grupo de especialistas pela sua própria, caso julgasse adequado fazê-lo. Por estas razões, a CEJ entendeu não ter havido delegação na hipótese. (v. Case C-185/91 *Bundesanstalt für den Güterfernverkehr v Gebrüder Reiff GmbH & Co. KG* [1993] ECR I-5801). Contrapondo este caso ao caso *Comission vs Italy*, Harm Schepel criticou a peculiar “definição” de *delegação* adotada pela Corte de Justiça. Este autor apontou um malabarismo verbal que escondia que o real teste aplicado pela Corte nestes casos consistiu numa espécie de “teste procedimental do interesse público”. Trata-se de avaliar se o esquema regulatório estabelecido pela legislação estadual tende à realização do interesse público ou apenas à realização dos interesses das empresas reguladas. Para Schepel, portanto, o relevante não é se houve ou não a delegação regulatória, mas se desta delegação resultará (potencialmente) a consecução do interesse público (In: *Delegation of Regulatory Powers to Private Parties Under EC Competition Law: Towards a procedural public interest test. Common Market Law Review*, n. 39, p. 31, 2002).

⁶⁶ Luc Gyselen propõe a revisão do entendimento da Corte Europeia de Justiça e a adoção de um teste trifásico que envolveria as seguintes questões: (i) a medida estatal está distorcendo a concorrência? (ii) a medida estatal foi elaborada para a consecução de uma genuína política econômica ou monetária? (iii) a medida consagra o interesse público de forma proporcional? A resposta positiva a estas três questões implicaria a licitude da regulação estatal em questão (In: *Anti-competitive state measures under the EC Treaty: towards a substantive legality standard. European Law Review*, p. 55-89, 1993. Sup. (Comp. Law checklist)).

⁶⁷ V., por exemplo, GAGLIARDI, Andrea Filippo. *United States and European Union Antitrust versus States regulation of the economy: is there a better test?*. *ELRev*, 25(4), 2000; CHALMERS, Damian et al. *European Union Law*. Cambridge: Cambridge, 2006. p. 1121; SCHEPEL, Harm. *Delegation of Regulatory Powers to Private Parties Under EC Competition Law: Towards a procedural public interest test. Common Market Law Review*, n. 39, p. 31, 2002; WAINWRIGHT, Richard; BOUQUET, André. *State intervention and action in EC competition law*. In: HAWK, Barry (Ed.). *International Antitrust Law & Policy*: Fordham Corporate Law 2003. New York: Juris, 2003; GYSELEN, Luc. *Anti-competitive state measures under the EC Treaty: towards a substantive legality standard. European Law Review*, p. 55-89, 1993. Supp. (Comp. Law checklist); MENDES, Mário Marques. *State intervention/State Action: a U.S. and EC Perspective from Cassis de Dijon to Altmark Trans and beyond: trends in the assessment of state intervention by the European Courts*. In: HAWK, Barry (Ed.). *International Antitrust Law & Policy*: Fordham Corporate Law. New York: Juris, 2003. p. 496 et seq.

3.2.2.2 Violação ao artigo 86

Neste outro artigo do Tratado, são estabelecidos deveres mais específicos, relacionados com as medidas estatais referentes aos serviços de interesse econômico geral (SIEG)⁶⁸ ou aos mercados povoados por “empresas privilegiadas”, assim entendidas as empresas públicas e as empresas às quais se concederam direitos exclusivos (atuação monopolística no mercado) ou especiais (licenças para atuar em mercados com entrada controlada).⁶⁹ O dispositivo estabelece que, nestas hipóteses, o Estado Membro (i) não deve promover medidas contrárias às regras concorrenciais do Tratado; (ii) nem deve consagrar um afastamento concorrencial mais amplo do que aquele que seria necessário para a consecução dos objetivos regulatórios.⁷⁰

A primeira regra tem sido entendida no sentido de que os esquemas regulatórios nacionais não devem estimular as empresas privilegiadas a adotarem condutas anticompetitivas. Assim, já foram reprimidos esquemas que geravam evidentes incentivos ao abuso da posição dominante.⁷¹ Igualmente, anularam-se leis que conferiam

⁶⁸ O conceito de Serviço de Interesse Econômico Geral, na União Européia, se assemelha ao conceito brasileiro de “serviço público”. Jean-Yves Chérot assim o define: “Il s’agit d’un service de nature économique et soumise aux règles de concurrence et de libre circulation des services, mais qui est exercé compte tenu d’obligations et de principes d’intérêt général déterminés par les pouvoirs publics et tenant compte des besoins essentielles de la population” (In: *Droit Public Économique*. 2^e éd. Paris: Economica, 2007. p. 250) .

⁶⁹ Eis o texto do dispositivo: “Article 86 - 1. In the case of public undertakings and undertakings to which Member States grant special or exclusive rights, Member States shall neither enact nor maintain in force any measure contrary to the rules contained in this Treaty, in particular to those rules provided for in Article 12 and Articles 81 to 89.

2. Undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest or having the character of a revenue-producing monopoly shall be subject to the rules contained in this Treaty, in particular to the rules on competition, in so far as the application of such rules does not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them. The development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Community.

3. The Commission shall ensure the application of the provisions of this Article and shall, where necessary, address appropriate directives or decisions to Member States.”

⁷⁰ Trata-se de uma decorrência da regra do art. 86 (2), segundo a qual as normas do Tratado, em especial aquelas relativas à concorrência, serão aplicáveis aos operadores de serviços de interesse econômico geral apenas na medida em que esta aplicação não prejudique a sua performance ou a realização das funções atribuídas a elas.

⁷¹ No caso *Raso*, anulou-se lei italiana que conferira a agências de trabalho das docas o exclusivo direito de fornecer mão de obra temporária, mas permitiu também que essas agências

direitos monopolísticos a empresas que não conseguiriam dar conta da demanda dos serviços que prestavam com exclusividade.⁷²

A segunda regra implica ser admissível impugnar regulação nacional sob o argumento de que *vai além do necessário* para a consecução dos objetivos regulatórios. Em *Corbeau*, a Corte examinou a licitude do monopólio legal nos serviços postais estabelecido na Bélgica para o *Régie des Postes*.⁷³ A impugnação ao esquema foi promovida pelo empresário Paul Corbeau, que pretendia prestar um específico serviço postal, o serviço expresso porta-a-porta. Em sua decisão, a Corte observou que, por força da previsão do art. 86(2), o essencial seria avaliar se o estabelecimento da concorrência, no caso, impediria que os serviços postais seguissem sendo prestados adequadamente. A hipótese clássica em que isto poderia ocorrer é aquela em que se estabelece um esquema de subsídio cruzado, em que serviços postais menos lucrativos (entrega de cartas em locais de difícil acesso, por exemplo) são subsidiados por serviços mais lucrativos. No caso do serviço postal belga, havia este esquema de financiamento. A Corte, no entanto, *observando que os específicos serviços prestados por Corbeau não eram prestados pelo Régie des Postes* (e portanto não colaboravam para este sistema de financiamento), considerou que

competissem com as empresas que dependiam de seus serviços. V. Case C-163/96 *Silvano Raso* [1998] ECR I-533. Semelhantemente, no caso *ERT*, uma empresa possuía os exclusivos direitos para a transmissão televisiva de programas estrangeiros. Esta empresa, contudo, possuía programas próprios. A situação levava a um provável abuso de posição dominante, com o favorecimento de seus próprios programas. V. Case C-260/89, *Elleniki Radiophonia Tileorassi (ERT) AE v Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas* [1991] ECR I-2925. De todo modo, Nicolas Charbit esclarece que “l’existence d’une position dominante ne saurait en elle-même constituer l’abus, la constitutions d’une telle domination par l’octroi des droits exclusifs ou spéciaux n’est pas en tant que telle interdite par les articles 86.3 et 82, sauf abus automatique. La liberté législative et réglementaire des Etats membres est ainsi formellement respectée” (In: *Le droit de la concurrence et le secteur public*. Paris: Harmattan, 2002, p. 60).

⁷² V. Case C-41/90 *Höfner & Elser v Macrotron GmbH* [1991] ECR I-1979. Tratava-se de exame de lei alemão que reservava o serviço de agenciamento de trabalho a uma companhia pública. Uma empresa que pretendia a contratação de executivos impugnou a previsão, informando que a agência em questão não conseguia prover o serviço adequadamente e sem demoras.

⁷³ Case C-320/91 *Procureur du Roi v Paul Corbeau* [1993] ECR I-2533. A lei em questão conferia a esta empresa o direito exclusivo de distribuir na Bélgica correspondências de qualquer natureza, prevenindo penalidades para infrações a estes direitos monopolísticos. A impugnação de Paul Corbeau se deu como defesa, no âmbito de processo criminal movido contra si por violação a este monopólio postal.

não havia razão para o afastamento da concorrência, repreendendo a legislação belga.⁷⁴

3.2.2.3 Conclusão sobre o caso europeu

Assim, em resumo, o direito comunitário europeu disciplina a legislação dos Estados Membros de forma dúplice. Quando se trata de regulação de atividades econômicas prestadas em “mercados simples”, esta anulação depende de que a lei (i) requeira, favoreça ou reforce a adoção de acordos, decisões ou práticas privadas concertadas infrativas do direito antitruste comunitário; ou (ii) delegue às empresas atuantes no setor a responsabilidade de tomar as decisões econômicas que as afetam. No caso dos mercados em que atuam empresas privilegiadas por controle de entrada ou prestadoras de SIEG, os Estados Membros possuem maior liberdade para restringir a concorrência. Nesta hipótese, a anulação da regulação nacional dependerá da demonstração de que ela (i) gera incentivos à adoção de condutas anticompetitivas; ou (ii) promove afastamento concorrencial mais amplo do que o necessário para a consecução dos objetivos regulatórios.

3.3 A validade jurídica da lei restritiva da concorrência no Brasil

No Brasil, a anulação judicial de restrição concorrencial veiculada em lei depende de sua desconformidade com a Constituição Federal. Assim, importa doravante cogitar de possíveis violações legislativas ao princípio constitucional da livre concorrência, norma constitucional que consagra a positivação do valor concorrência.

⁷⁴ A decisão da Corte é bastante polêmica. Como é evidente, embora este serviço específico não seja prestado pelo *Régie des Postes*, a sua substitutibilidade a alguns produtos efetivamente oferecidos poderá minar o esquema de subsídio interno estabelecido para financiar o serviço postal com tarifa uniforme na Bélgica. Cf, a propósito, KORAH, Valentine. *An introductory guide to EC Competition law and practice*. Portland: Hart, 2004. p. 194. Em *Glöckner*, ao contrário do que ocorreu no caso *Corbeau* relatado acima, a exceção do art. 86 (2) foi aplicada em favor do esquema estatal, que conferia à empresa responsável pelo provimento do serviço ambulatorio emergencial (não-lucrativo e de interesse social) o monopólio de outro serviço, este sim lucrativo: o transporte ambulatorio não emergencial. Os lucros obtidos neste último serviço serviam a financiar o primeiro. O sistema foi impugnado por empresa que pretendia prestar apenas o serviço ambulatorio não emergencial, mas a Corte rejeitou a impugnação. V. Case C-475/99 *Ambulanz Glöckner v Landkreis Sudwestpfalz* [2001] ECR I-8089.

Pois bem. No que atine a este dever de competitividade, o constituinte brasileiro estabeleceu regimes jurídicos distintos para duas espécies de atividade econômica: os *serviços públicos* e as *atividades econômicas em sentido estrito*.⁷⁵ Esta circunstância indica a necessidade de uma exposição bipartida.

3.3.1 A regulação dos serviços públicos

No tocante aos serviços públicos, é a própria Constituição quem estabelece uma exceção aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Para estes serviços, a regra *não é* a liberdade de iniciativa empresarial, a regra *não é* a livre competitividade. Com efeito, estabelece o texto constitucional:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

A exclusão dos deveres estatais relativos à competitividade, para o âmbito da regulação dos serviços públicos, é explícita.⁷⁶ Primeiro, porque se permite ao Poder Público prestar diretamente o serviço, mesmo monopolisticamente. Segundo porque se lhe autoriza expressamente o controle das tarifas e o estabelecimento de regras cogentes relativas à qualidade do serviço. Terceiro, porque do Poder Público se *exige* que controle a entrada nos mercados correspondentes a estes serviços. Note-se que, no tocante ao controle de entrada, a regra constitucional é até mesmo impositiva:

⁷⁵ A classificação das atividades econômicas em sentido amplo é devida a GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 91-93.

⁷⁶ V. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 141-142. As únicas exceções constitucionais a este raciocínio são os “serviços públicos não privativos do Estado”, que são os serviços de educação e saúde. V. arts. 197, 199 e 209 da Constituição.

se é serviço público, não está aberto à livre iniciativa dos operadores particulares. A prestação privada deste serviço dependerá de prévia concessão ou permissão do Poder Público.

A toda evidência, portanto, o regramento constitucional afasta a incidência dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência para os serviços públicos — ao menos, é preciso reconhecer que eles não incidem para gerar deveres ao legislador. Dito mais concretamente, neste campo específico, não há direcionamento constitucional no sentido de que se deva permitir tanta concorrência quanto seja possível do ponto de vista estrutural (ou econômico) do serviço. A Constituição confere ao Poder Público (à União, aos Estados Membros, ao Distrito Federal e aos Municípios, conforme as suas próprias competências) a *decisão política* de submeter ou não a prestação dos serviços públicos à racionalidade concorrencial. Ainda mais: nos casos em que o Poder Público decida pela abertura do serviço à concorrência, cabe-lhe ainda a decisão a propósito do grau e intensidade da competitividade que nele se estabelecerá.

Evidentemente, o Poder Público *pode, se assim entender adequado*, permitir que determinado serviço público seja prestado de maneira concorrencial. Esta opção foi feita recentemente pelo legislador para diversos serviços públicos. Assim, por exemplo, no tocante aos serviços de telecomunicações, a Lei nº 9.472/97 estabeleceu serem eles organizados “com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica”.⁷⁷ Entretanto, essa abertura à concorrência não derivou de nenhuma imposição constitucional — mas de uma opção política.⁷⁸ Também

⁷⁷ É a redação do seu artigo 6º. Várias outras disposições da LGT demonstram a opção do legislador pelo modelo concorrencial. Ver, por exemplo, art. 2º, III e V; art. 3º, II; art. 5º; art. 7º e parágrafos, entre outros. V. também CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Controle estrutural no setor de telecomunicações: regulação setorial e direito concorrencial nos serviços de telefonia fixa e móvel. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 11, n. 1, 2004.

⁷⁸ Referindo-se a Lei Geral de Telecomunicações, Carlos Ari Sunfeld afirma que: “está evidente, aqui, a opção legislativa por um modelo concorrencial. Mas nada obrigava a que assim fosse, sendo constitucionalmente legítima a manutenção do monopólio da antiga Telebrás, o que só não ocorreu porque o legislador entendeu de determinar o contrário” (In: O CADE e a competição nos serviços públicos. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 33, p. 53, 2001.)

poderia haver o Poder Público optado por soluções diferentes, dentre as quais a prestação direta do serviço por uma empresa estatal, em regime de monopólio. Esta era, inclusive, a opção anterior, sem que por isso se cogitasse de sua inconstitucionalidade por violação ao princípio da livre concorrência.

Portanto, a decisão de submeter ou não determinado serviço público ao modelo concorrencial — e mesmo a decisão correlata de estabelecer o grau de competitividade para cada um destes serviços — cabe ao ente público que detém a sua titularidade.⁷⁹ Isso não importa defender que a decisão regulatória em questão é incontrastável juridicamente; apenas não se pode cogitar de anulá-la em função da restrição à competitividade.⁸⁰ Em outras palavras, o argumento da limitação concorrencial não tem relevância para a verificação da constitucionalidade da lei que estabelece o marco regulatório de um serviço público. Afinal, se é a própria Constituição quem permite ao Poder Público até mesmo a sua prestação monopolística, permitir a anulação da sua regulação sob o argumento da sua anticompetitividade seria desrespeitar a opção do constituinte.

Estas considerações são particularmente importantes num contexto em que a ciência econômica demonstra a superação de

⁷⁹ É este também o entendimento de Marçal Justen Filho, para quem “os princípios da livre iniciativa e livre concorrência aplicam-se às atividades econômicas em sentido restrito. No tocante aos serviços públicos, faz-se sua atribuição ao Estado, com inevitável cunho de exclusividade. Daí decorre que o serviço público, por ser de titularidade pública, será prestado nas condições estabelecidas pelo ente político que for seu titular. A escolha poderá recair sobre a solução de desempenho direto, em regime de monopólio público. Mas também será cabível o Estado delegar a particulares o desenvolvimento das atividades, seja em situação de monopólio ou em competição. Mas não haveria impedimento a que o Estado prestasse os serviços diretamente e constituísse um ou mais concessionários para atuação simultânea (em competição)” (In: *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 39).

⁸⁰ Consagra-se, assim, no particular, uma solução parecida com a do direito americano, em que a opção do regulador por restringir a competitividade não está submetida a controle jurídico — é problema que se resolve na arena política (v. item 3.2.1. acima). Evidentemente, tanto no caso brasileiro, quanto no americano, é possível cogitar da revisão judicial da regulação com base em outros argumentos. O que deve ficar claro é que não há um dever do regulador de garantir *qualquer nível* de competitividade nos serviços de sua titularidade. Por outro lado, a solução do constituinte brasileiro pode ser contrastada com a opção do direito europeu. Neste último, mesmo as regulações nacionais referentes aos serviços de interesse econômico geral submetem-se a deveres relativos de competitividade. Com efeito, foi visto que a Corte Europeia de Justiça vem desconstituindo legislações dos Estados Membros que consagram restrições concorrenciais mais amplas do que aquelas que seriam necessárias para a consecução das finalidades da política nacional (v. item 3.2.2.2. acima).

empecilhos técnicos que desaconselhava a submissão de alguns serviços à concorrência. O mais flagrante exemplo desta realidade é a fragmentação dos serviços públicos em diversas etapas diferentes (“unbundling”) e a submissão de algumas delas à competitividade. O fornecimento de energia elétrica, por exemplo, compreende as atividades de geração, transporte, distribuição e comercialização, as quais antes eram reguladas de forma incindível. Destas, apenas o transporte (transmissão) e a distribuição constituem monopólios naturais — os serviços de geração e comercialização de energia elétrica *podem* ser prestados em regime concorrencial.⁸¹

O fato é que, ao menos no direito brasileiro, estas considerações não conduzem à declaração de inconstitucionalidade de legislação que não adote a “competitividade possível”. Quer dizer: não está o ente federativo titular do serviço público obrigado a separar as atividades, ou a submetê-las à concorrência.⁸²

Tampouco a comum alusão ao “risco de fragmentação” da política antitruste⁸³ que decorreria de sua eventual não-incidência em determinados setores da economia autoriza a limitação da liberdade constitucional para que os titulares dos serviços públicos estabeleçam o modelo de organização ou prestação que eles julguem adequados. Se tal fragmentação ocorrer, ela será resultado da opção constitucional de privilegiar esta liberdade política, em detrimento da competitividade impositiva.

Todas estas observações levam a concluir que a legislação que estabelecer limites de competitividade para os serviços públicos não poderá ser dita inconstitucional por violação ao princípio da livre concorrência. Este princípio específico não constrange a liberdade do titular do serviço público de organizar a sua prestação como

⁸¹ WALTENBERG, David. O direito da energia elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 358-370.

⁸² Nas palavras de Carlos Ari Sundfeld: “Não há, todavia, para os distintos entes estatais titulares do serviço público, qualquer dever constitucional de implementar programas de desregulação, ou de fazê-lo com a velocidade ou profundidade tal ou qual” (In: O CADE e a competição nos serviços públicos. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 33, p. 53, 2001).

⁸³ V., por exemplo, SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. Direito da concorrência e regulação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 1, p. 04, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 03 jan. 2008.

bem lhe aprouver — a intensidade da concorrência, nos serviços públicos, é opção política do ente que detém a sua titularidade.⁸⁴

Ressalve-se apenas que, embora não tenha determinado a concorrência *nos mercados* pertinentes aos serviços públicos, a redação constitucional estipulou, neles, a obrigatoriedade de concorrência *pelo mercado*. Isso deverá ocorrer toda vez que o ente federativo titular do serviço público optar por permitir a sua prestação por particulares (ainda que monopolisticamente). De fato, o *caput* do art. 175 exige que quando os serviços públicos não forem prestados diretamente pelo Poder Público, deverá sê-lo sob regime de concessão ou permissão, mas *sempre através de licitação*. A restrição legislativa a *esta específica forma de competitividade* (“pelo mercado”) pode dar ensejo à anulação da lei reguladora de serviços públicos.⁸⁵

3.3.1.1 A problemática questão do conceito de serviço público

Tendo em vista que a Constituição não oferece parâmetros explícitos sobre quais atividades constituem serviços públicos — com exceção daqueles expressamente mencionados em seu texto⁸⁶ —, é possível antever a crítica de que o entendimento acima permite que o legislador interessado em restringir a competitividade

⁸⁴ Note-se bem que não se defende aqui a idéia de que serviço público e concorrência sejam idéias inconciliáveis. A tese é outra: a de que, nos serviços públicos, haverá tanta concorrência quanto permita (deseje) o ente federativo que detém a sua titularidade. Cf., ainda, o capítulo sexto desta dissertação.

⁸⁵ Neste mesmo sentido, Calixto Salomão Filho esclarece que “apesar da imunidade concorrencial para concessão de serviços públicos, os princípios concorrenciais são perfeitamente aplicáveis ao processo licitatório que antecede a concessão. Isso porque a lei não prevê expressamente a exclusão dos princípios concorrenciais, nem controla variáveis fundamentais para a estratégia da empresa. Em virtude disso, os candidatos à concessão ou permissão deverão ter seus atos submetidos à apreciação da autoridade antitruste. Cite-se, a título de exemplo, um consórcio entre dois ou mais agentes do mercado para concorrerem conjuntamente na licitação. Essa operação deve ser submetida ao controle prévio do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, pois há risco evidente de limitação à concorrência no processo licitatório” (In: *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 143).

⁸⁶ Assim, por exemplo, o serviço de transporte coletivo, de titularidade dos municípios (art. 30, V, da CF). Por outro lado, é controverso que mesmo as atividades previstas no art. 21, XII constituam *necessariamente* serviços públicos. Veja-se, por exemplo, que a produção de energia elétrica, quando para consumo próprio, não constituirá serviço público, não dependendo de permissão ou concessão.

possa sempre fazê-lo, bastando que, para tanto, declare a atividade respectiva como serviço público. O princípio da livre concorrência estaria, assim, à sua completa disposição, só incidindo quando ele quisesse. Dois são os esclarecimentos necessários a este respeito.

Em primeiro lugar, deve-se observar que a opção por estabelecer regimes jurídicos distintos para os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito foi do próprio constituinte. É a Constituição que dispõe que os serviços públicos, quando abertos aos particulares, deverão ser prestados em regime de concessão ou permissão. É a Constituição que permite que esta espécie de atividade econômica seja prestada pelo Poder Público, mesmo monopolisticamente. Então não é possível negar-se a aplicar este regramento específico que a Constituição lhe estabelece, apenas porque não é claro o seu conceito. Pode-se discutir se determinada atividade constitui ou não um serviço público, mas não é possível negar que, *quando este for o caso*, o ente que é o seu titular não tem o dever de submetê-lo à concorrência. Isto por força de determinação constitucional.

Por isto mesmo, não parece necessário definir “serviço público”, para que se possa defender a posição acima. Aliás, nem seria adequado tentar fazê-lo neste curto espaço.⁸⁷

A despeito disso, o que pode ser dito é que, sim, há a possibilidade de controle judicial sobre o que o legislador estabelecer como serviço público. No exemplo extremo de Marçal Justen Filho, não caberia ao legislador estipular que a fabricação de cachimbos ou de perucas constitui serviço público⁸⁸ — e, portanto, estaria fechado à livre iniciativa. Isto implica defender que *alguma* materialidade compõe o conceito em questão⁸⁹ — o legislador não é

⁸⁷ Para esta questão, remete-se à doutrina tradicional do direito administrativo e, em especial, a JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 21.

⁸⁹ Embora seja controverso *quanto* de materialidade há no conceito e *em que* consiste esta materialidade. Diferentes autores já identificaram o critério do serviço público na “satisfação do interesse geral” ou na sua essencialidade para a “coesão social” ou para a “dignidade da pessoa humana”, por exemplo.

totalmente livre para decidir as atividades que serão prestadas sob regime de serviço público.

Assim, é possível questionar judicialmente uma restrição concorrencial que o legislador fundamentou no fato de tratar-se a atividade em questão de serviço público. Entretanto, a argumentação aqui não seria a de que “o serviço público em questão deve ser submetido à concorrência”, mas a de que “a atividade em questão não constitui serviço público e, portanto, não está submetida ao regime constitucional derogatório da livre concorrência”. Acatada esta tese, a validade jurídica da restrição concorrencial passaria a ser examinada de acordo com os critérios apresentados abaixo.

3.3.2 A regulação das atividades econômicas em sentido estrito

O regime constitucional das atividades econômicas em sentido estrito é diverso do regime dos serviços públicos. À exceção de algumas atividades excepcionadas na própria Constituição, para as quais se prevê um regime de monopólio,⁹⁰ a regra é a livre iniciativa empresarial e a livre concorrência. Tendo em vista a incidência destes princípios, é natural que se questione a constitucionalidade de lei que restrinja a concorrência no âmbito destas atividades.

A dificuldade decorre de que a Constituição determina igualmente a proteção a diversos outros valores (ou princípios) jurídicos,⁹¹ alguns dos quais podem, em dadas circunstâncias fáticas concretas, ser dificilmente conciliáveis com o ambiente concorrencial.⁹² Assim, a legislação que prejudica a concorrência pode

⁹⁰ Note-se, a propósito, a redação do art. 173 e o art. 177 da Constituição Federal. Cf., ainda, GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 108-109.

⁹¹ A referência ora a *valores* constitucionais, ora a *princípios* deve ser explicada. De acordo com a concepção aqui adotada, princípios são espécies normativas que consagram juridicamente valores, determinando a sua promoção. A restrição a um princípio constitucional (no campo jurídico, do *dever-ser*) corresponde, assim, à restrição (no campo dos fatos, do *ser*) ao valor cuja proteção ele determina. Por outro lado, a restrição ao valor cuja proteção é determinada em um princípio jurídico é o fenômeno equivalente, no mundo dos fatos, à limitação do próprio princípio na esfera normativa.

⁹² V., a propósito, o capítulo segundo.

estar a serviço destes outros valores jurídicos relevantes. A grande questão, então, é em quais casos essa restrição concorrencial seria realmente inconstitucional. Diante desta dúvida, algumas hipóteses se descortinam:⁹³

Em primeiro lugar, é possível cogitar da insindicabilidade jurídica da escolha do legislador. Feita a sua opção por proteger a concorrência ou outro valor jurídico constitucionalmente protegido, descaberia anulá-la judicialmente. A restrição concorrencial veiculada em lei seria, na hipótese, sempre válida, inatacável do ponto de vista jurídico (item 3.3.2.1). Em segundo lugar, pode-se cogitar da solução segundo a qual haveria uma hierarquia entre os valores jurídicos constitucionalmente protegidos. Assim, a restrição concorrencial seria válida sempre que houvesse sido produzida para a proteção de valor jurídico *mais importante* (item 3.3.2.2). Em terceiro lugar e enfim, há a hipótese de ponderação concreta dos valores constitucionais, que advoga uma necessária atenção às circunstâncias do caso concreto, dentre as quais (i) a *razão* da restrição operada à concorrência; (ii) a *intensidade* desta restrição; (iii) a relevância da proteção promovida ao outro valor jurídico em questão; (iv) as circunstâncias fáticas pertinentes. Os critérios tradicionais desta ponderação concreta são a *razoabilidade* e a *proporcionalidade* (item 3.3.2.4).

Cada uma destas hipóteses será examinada a seguir. Será visto que as duas primeiras não se compatibilizam com o ordenamento jurídico brasileiro. Propor-se-á, então, a adoção da terceira hipótese, defendendo-se que, entre nós, a restrição legislativa da competitividade em atividades econômicas em sentido estrito será inconstitucional apenas quando for *irrazoável* ou *desproporcional*.

⁹³ Evidentemente, essas hipóteses apresentadas acima não são as únicas cogitáveis. Seria possível sustentar, por exemplo, que a ilicitude de uma regulação derivaria de suas origens. Quando um estudo histórico demonstrasse que a medida se originou de demanda da indústria regulada, ela seria tida como protetiva desta e ilícita por violação à concorrência. A fragilidade desta hipótese é bastante clara, razão pela qual não pareceu ao autor necessário incluí-la na lista acima, para análise específica. De todo modo, é evidente que há alguma arbitrariedade na eleição das hipóteses a serem analisadas. O fato é que a lista proposta permite cobrir e criticar as formas mais freqüentemente encontradas na jurisprudência e na doutrina para resolução de conflito de princípios constitucionais.

3.3.2.1 A hipótese da insindicabilidade da escolha do legislador

A primeira hipótese que deve ser examinada é a da insindicabilidade jurídica da opção do legislador. Na ausência de balizas e mandamentos *concretos* de ordem superior, abrir-se-ia uma margem incontestável de discricionariedade para o legislador. Em suma: caberia a ele fazer a ponderação concreta dos valores jurídicos que lhe cumpre manipular, os quais seriam considerados todos de mesma hierarquia. Feita a escolha pelo regulador de privilegiar um valor em detrimento do outro, não caberia discutir a sua validade jurídica ou pretender anulá-la judicialmente.

Adotada esta primeira hipótese, a resposta à questão “em quais casos a restrição legislativa da concorrência no âmbito de atividades econômicas em sentido estrito é inconstitucional?” seria a seguinte: em nenhum caso. A restrição à concorrência constituiria uma opção *insindicável* do legislador, que poderia promovê-la como lhe aprouvesse, em privilégio a outro valor constitucionalmente protegido. Esta solução conduziria o debate a respeito da anticompetitividade legislativa exclusivamente ao campo político, a exemplo do que ocorre no caso americano. Aproximaria, ainda, o regime de competitividade nas atividades econômicas em sentido estrito àquele dos serviços públicos, apresentado acima.

No direito brasileiro, esta solução é inaceitável. O fato de a Constituição albergar valores contraditórios não significa carta branca para que o legislador possa, sob o pretexto de promover um deles, desconsiderar ou restringir outro, em qualquer intensidade ou por qualquer razão. Muito pelo contrário, está o legislador *obrigado* a buscar a compatibilização destes valores e a só restringi-los justificadamente. Eis aí uma consequência direta do estabelecimento de um Estado de Direito, em que se proscree o exercício arbitrário de poderes públicos.⁹⁴

⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 34, n. 34, p. 281-285, 1994; GUERRA FILHO, Willis Santiago, Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, v. 3, n. 4, p. 197, maio 2000; MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *IOB-Repertório de Jurisprudência*: tributário, constitucional e administrativo. São Paulo, n. 14, p. 372, jul. 2000.

É fundamental perceber que, no que atine especificamente à proteção da competitividade, o legislador está diferentemente constrito, quer se trate a atividade em questão de serviço público ou de atividade econômica em sentido estrito. No caso do serviço público, é a própria Constituição que afasta do legislador o dever de proteção da competitividade, ao lhe conferir a competência política de escolher o modelo de organização ou de prestação que julgue adequados — aí incluído até mesmo o modelo monopolístico. Dito de outro modo, é a própria Constituição que fixa a possibilidade de estabelecimento de um regime derogatório da concorrência.

Para as atividades econômicas em sentido estrito, a situação é completamente diferente. Uma vez que a Constituição não afastou a incidência do princípio da livre concorrência, o legislador está por ele constrito, quando regular estas atividades. Assim, embora se admitam restrições legislativas à competitividade no âmbito destes serviços, *nem todas* estas restrições serão necessariamente constitucionais. Mesmo quando a restrição concorrencial possuir a *finalidade* ou o *efeito* de proteção a outro valor constitucionalmente protegido, poderá ela ser incompatível com a Constituição.

Isto implica que o legislador não poderá impor restrições à concorrência a seu bel-prazer, nem mesmo quando amparado pelo argumento da proteção a outro valor jurídico de estatura constitucional. Contudo, permanece a dúvida sobre os critérios específicos que limitam a sua discricionariedade. Daí porque é essencial prosseguir no exame das demais hipóteses.

3.3.2.2 A hipótese da hierarquização de princípios constitucionais

A segunda hipótese a ser examinada é aquela segundo a qual haveria uma hierarquia entre os valores constitucionais, de modo que, na hipótese em que eles viessem a se chocar, prevaleceria necessariamente o “mais importante” deles. Neste sentido, a constitucionalidade da legislação restritiva da concorrência no âmbito das atividades econômicas em sentido estrito dependeria de ela visar à consagração de um valor *mais importante*. Assim, por exemplo, uma lei que restringisse a concorrência sob o argumento

de promover a dignidade da pessoa humana seria constitucional, uma vez que este princípio seria mais valioso que aquele.

No que toca à liberdade concedida ao legislador, este enfoque é diametralmente oposto ao anterior. Na hipótese da insindicabilidade da opção do legislador, acaba-se por conferir-lhe deferência demasiada e injustificável, de maneira que todas as suas escolhas por privilegiar um ou outro valor constitucional são lícitas — cabe a ele, afinal, optar por valores de igual dignidade. Nesta segunda hipótese, ata-se significativamente o legislador, entendendo que lhe caberia ponderação autônoma bastante reduzida: já haveria uma pré-resolução dos conflitos de valores pelo constituinte, que assinaría relevâncias distintas a cada um deles.

Esta concepção produz dificuldades de toda espécie. Para começar, é bastante difícil ao intérprete justificar a atribuição de maior relevância a um ou outro valor (ou princípio) constitucional, quando a Constituição não o faz diretamente.⁹⁵ Até seria possível argumentar — com algum esforço, mas não sem resistência — que aquilo que a Constituição elenca como “fundamento da República” (art. 1º) deveria prevalecer sobre meros “princípios da Ordem Econômica” (art. 170). Mas ainda assim, o que fazer quando se tratar de conflitos de diferentes fundamentos da República? Aqui mesmo, nesta dissertação, já se citaram exemplos de situações em que, para garantir a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), é necessário restringir a livre iniciativa (art. 1º, IV). E quando se tratar de colisão do princípio da livre concorrência (art. 170, IV) com outros princípios da Ordem Econômica, como a defesa do consumidor (art. 170, V), a redução das desigualdades sociais (art. 170, VII) e o tratamento favorecido para empresas de pequeno porte (art. 170, IX)? Nestes casos, parece evidente que a escolha por um ou outro fator dependerá das circunstâncias do caso concreto e mesmo da ideologia do intérprete — e isso é incompatível com a idéia de que haveria uma pré-figuração de importância para cada princípio.

⁹⁵ Concordantemente, BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 187; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 125. Por outro lado, sustentando a existência de hierarquia entre diferentes “interesses” protegidos na Constituição, v. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As categorias de interesses na Constituição de 1988. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 85, n. 307, p. 19, jul./set., 1989.

Residem precisamente aí os dois outros grandes problemas desta concepção. Em primeiro lugar, ela ignora que a grande dificuldade referente aos conflitos de princípios ou valores constitucionais está nas peculiaridades concretas de cada caso, e não numa ponderação abstrata de prevalência de um sobre outro. Para dizer bem concretamente, a discussão que se põe diuturnamente não é a de se a livre iniciativa deve prevalecer sobre a defesa do consumidor, mas, por exemplo, quanto da livre iniciativa seria possível eliminar para conceder um benefício mínimo ao consumidor. Em outras palavras, ainda que se admita a prevalência da defesa do consumidor sobre a livre iniciativa, não estaria claro porque, num exemplo extremo, seria desejável reduzir esta em um grau máximo com o fim de ampliar aquela em grau ínfimo. Isso significa que os conflitos de princípios não se resolvem no plano conceitual ou abstrato, mas no plano dos fatos e com referência às circunstâncias de cada caso concreto.

Ademais disso, na ausência de específicas balizas positivas, a discussão a propósito da maior ou menor importância dos princípios ou valores constitucionais acabará sendo resolvida pela ideologia do intérprete. E, assim, abre-se um espaço perigoso para que a heteronomia do Direito dê ensejo à autonomia do intérprete.⁹⁶ Os riscos decorrentes desta hipótese são ainda maiores em razão de que a eventual revisão judicial da legislação possibilita a substituição absoluta do legislador pelo magistrado. Bastaria a este magistrado entender o valor restringido como “mais importante” que o restringente para que estivesse legitimado a anular a legislação, por inconstitucionalidade. Nada mais flagrantemente inapropriado.

Surpreendentemente, no entanto, este raciocínio de hierarquização de valores constitucionais esteve presente em recentes julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Em um deles, tratava-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) contra lei do Espírito Santo que garantia a “meia-entrada” em estabelecimentos de cultura, esporte e lazer a doadores regulares de sangue.⁹⁷ Bastava

⁹⁶ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 10.

⁹⁷ V. Lei Estadual nº 7.737/2004, do Estado do Espírito Santo.

que o doador comprovasse a regularidade de suas doações para ter acesso a estas localidades pagando apenas a metade do valor do seu ingresso. Instado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade da lei, o Tribunal julgou improcedente a ADI, anotando que “na composição entre o princípio da livre iniciativa e o direito à vida há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário”.⁹⁸ Em outro caso, teve o STF que pronunciar-se em ADI contra lei do Estado de São Paulo que assegurava meia-entrada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino.⁹⁹ Entendeu o Colendo Tribunal pela constitucionalidade da lei, valendo-se do seguinte argumento: “Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 §3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes”.¹⁰⁰

Uma análise dessas duas decisões permite ilustrar as críticas que se fizeram a esta forma de resolução de conflitos de valores (ou princípios) constitucionais. A idéia da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é uma das formas mediante as quais ela se expressa.¹⁰¹ Nos dois casos acima, a livre iniciativa foi

⁹⁸ STF, ADI 3512/ES, Relatoria do Ministro Eros Roberto Grau, julgado em 15.02.2006. Requerente: Governador do Estado do Espírito Santo; Requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Restou vencido o Ministro Marco Aurélio de Mello. Neste caso, a questão principal não era a violação à livre iniciativa, mas isto também foi examinado. Decidiu-se pela inexistência da violação com base neste argumento da prevalência do direito à vida.

⁹⁹ V. Lei Estadual nº 7.844/92, do Estado de São Paulo.

¹⁰⁰ STF, ADI 1950/SP, Relatoria do Ministro Eros Roberto Grau, julgado em 03.11.2005. Requerente: Confederação Nacional do Comércio (CNC); Requerida: Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.

¹⁰¹ O principal defensor da existência de um “princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado” em nosso ordenamento é Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem ele constitui “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último” (In: *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 41).

considerada *menos importante* que “o direito à vida” e “o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto”, por serem estes de “interesse público”, enquanto aquele, de “interesse privado”.

A doutrina publicista mais moderna tem discorrido extensamente sobre a questão da suposta supremacia do interesse público sobre o interesse privado, apontando a sua incompatibilidade com o nosso ordenamento jurídico e sublinhando as suas dificuldades conceituais.¹⁰² O primeiro grande problema é a irrealidade da pressuposição da existência de um interesse público único e bem definido. A complexa sociedade moderna é palco de inúmeros conflitos de diferentes *interesses públicos*, mercedores de semelhante estatura constitucional.¹⁰³ Nos próprios casos citados, esta visão simplista da realidade se apresenta. Supor que a livre iniciativa é meramente um “interesse privado” é perder de vista os benefícios sociais que dela decorrem.¹⁰⁴ A própria Constituição a consagra como de interesse social (notem-se os termos usados no art. 1º, IV, da CF). Daí a conclusão de que houve, na verdade, nestes como em vários outros casos,¹⁰⁵ conflito de diferentes interesses públicos.

¹⁰² V., por exemplo, BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 239, p. 1-31; ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, São Paulo, v. 24, p. 159-180, 1999. Marçal Justen Filho demonstra que todas as formas de compreensão do “interesse público” seja como soma dos interesses privados, como interesse da maioria ou como interesse comum, são insatisfatórias (v. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 35-40).

¹⁰³ V. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. O princípio da proporcionalidade no direito econômico. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 98, n. 359, p. 11, jan./fev. 2002.

¹⁰⁴ Veja-se, a propósito, o capítulo 2 desta dissertação.

¹⁰⁵ Noutros casos este conflito é ainda mais evidente. Veja-se o exemplo citado por Marçal Justen Filho: “Imagine-se que o aumento do tráfego torne necessária a duplicação de uma rodovia. O congestionamento rodoviário provoca atrasos, acidentes e poluição. É inegável a existência de interesse público em promover a duplicação. Suponha-se, no entanto, que a duplicação acarrete a necessidade de desmatamento de uma área florestal de preservação permanente, de grande valor ecológico. Ou que existam sítios arqueológicos de valor inestimável que serão destruídos em virtude da duplicação da rodovia. Ou que a duplicação exija o deslocamento de grande quantidade de moradores de baixa renda, remetendo-se ao constrangimento de total afastamento do núcleo urbano. Seria inquestionável a existência de interesses públicos potencialmente lesados em virtude da duplicação da rodovia” (In: *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 42).

O segundo problema é o enfrentamento do conflito em abstrato. A questão da constitucionalidade da legislação, submetida ao Supremo Tribunal Federal, foi reportada a um conflito abstrato entre o “direito à vida” e a livre iniciativa, no primeiro caso, e entre “o direito à educação, à cultura e ao desporto” e a livre iniciativa, no segundo. Postos nestes termos, os conflitos até podem parecer de fácil resolução, mas isso decorre de uma mera simplificação do problema. No primeiro caso, não estavam em jogo, abstratamente, o direito à vida e a livre iniciativa. Não se tratava da aniquilação necessária de um ou outro bem jurídico. Tratava-se de examinar a validade jurídica da imposição de um ônus econômico a agentes econômicos (ou aos outros consumidores, na hipótese de repasse desse ônus ao preço do serviço) para financiar a adoção de uma política pública de incentivo à doação de sangue.¹⁰⁶ O essencial para a avaliação da licitude não era perguntar qual bem jurídico é mais valioso, mas examinar se a medida em questão era efetivamente razoável e proporcional ao fim a que se destinava. Igualmente, no que concerne ao segundo caso, seria necessário haver questionado: haveria uma forma menos onerosa de atingir a finalidade pública de promover o acesso à educação, à cultura e ao desporto? A *medida* (ou grau) dos benefícios educacionais ou culturais promovidos pela regulação em questão justificaria a *medida* (ou grau) da restrição

¹⁰⁶ Neste sentido, afirma o Ministro Marco Aurélio de Melo, em seu vencido voto vista na ADI 1950/SP: “Essa forma de dispor, entretanto, com interferência de fundo na livre iniciativa, sem uma contrapartida, cumprimentando o Estado — e a premissa é esta — com chapéu alheio, é consentânea com a Constituição Federal? A meu ver, não, por pecar até mesmo no tratamento de desiguais de forma igual, sem distinguir aquele que tem recursos do que não tem para efetuar o pagamento. A norma conflita com fundamento da República, que é a livre iniciativa. (...) Não vejo como se estabelecer, e de forma linear, o que apontei como gratuidade parcial, a meia-entrada para ingresso em espetáculos diversificados. Não vejo como se fixar esse ônus, que acaba sendo suportado, ante a transferência, pela sociedade, tendo em conta a majoração da entrada para aqueles que não gozam do benefício, mediante uma norma, repito, não razoável, porque nela não se contém a contrapartida, ou seja, uma compensação — havendo uma desvantagem significativa — da perda por aqueles que se lançam no mercado, na vida comercial, e precisam fugir à morte civil nessa mesma vida comercial, que é a falência”. Semelhantemente, apontou o Ministro Cesar Peluzo que encontrava “grande dificuldade para ajustar esta norma ao art. 23, V, ao dizer que compete ao Estado: ‘proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação...’. Primeiro porque o Estado não está proporcionando nada, está obrigando o particular a proporcionar. Segundo, se o argumento fosse verdadeiro, o Estado poderia baixar norma que estatua que menor de doze anos paga dez por cento da mensalidade escolar e outras análogas”. (in STF, ADI 1950/SP, Relatoria do Ministro Eros Roberto Grau, julgado em 03.11.2005. Requerente: Confederação Nacional do Comércio (CNC); Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo).

promovida na livre iniciativa? Estas perguntas permitiriam que o problema em questão fosse efetivamente enfrentado.¹⁰⁷

Finalmente, é essencial notar que esta manipulação da discussão a níveis mais abstratos, se levada às últimas conseqüências, pode produzir resultados esdrúxulos. Como o direito à vida é mais relevante que o direito à integridade física, seria possível admitir um pouco de tortura a um criminoso, para que ele delatasse o seu comparsa homicida. Se o direito à educação é mais relevante que o egoístico direito à propriedade, seria aceitável a desapropriação de um terreno sem quaisquer indenizações para a construção de uma escola pública.¹⁰⁸

Estes exemplos provam duas coisas. A primeira delas é que reportar as discussões concretas dos conflitos normativos à abstração dos valores envolvidos pode resultar na desnecessária aniquilação de direitos fundamentais. A segunda é a importância da retórica na descrição das finalidades buscadas por uma medida legislativa e dos bens jurídicos lesados. Cada medida regulatória específica pode ser reportada a bens jurídicos mais ou menos abstratos, mais ou menos relevantes, a depender da conveniência ideológica do intérprete. Tudo isto se agrava ao se perceber que caberia ao juiz, no julgamento do conflito, avaliar se a política pública em questão é lícita, de acordo com a valoração que ele faz dos bens jurídicos que ele mesmo contraporá retoricamente.

Portanto, a tese da hierarquização de valores ou princípios constitucionais não é adequada para a realização dos eventuais conflitos entre eles — não devendo ser adotada para definir a constitucionalidade de uma restrição legislativa da concorrência. Num contexto de pluralidade de valores contraditórios e de semelhante estatura constitucional é mais coerente julgar a restrição a um deles *com referência à razão e à medida desta restrição, vis-à-vis* com as finalidades buscadas. Assim se chega à próxima hipótese.

¹⁰⁷ Note-se não haver aqui um posicionamento do autor pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis examinadas nas duas ADI mencionadas. O que não parece adequado é o caminho percorrido pelo Supremo Tribunal Federal para atingir a sua própria decisão — a crítica é à argumentação, e não ao resultado final do julgamento.

¹⁰⁸ Em sentido semelhante, v. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O conflito entre princípios constitucionais: breves pautas para sua solução. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 43, jan./mar. 1995.

3.3.2.3 A ponderação concreta de princípios constitucionais

A última hipótese de resolução de conflito de princípios constitucionais é a que requer a ponderação concreta dos valores envolvidos, com referência às circunstâncias fáticas pertinentes. É esta a hipótese adequada para julgar as restrições à concorrência no âmbito das atividades econômicas em sentido estrito. Elas serão constitucionais a depender da razão que a motiva, da sua capacidade para promoção de outros valores de dignidade constitucional e da intensidade que qualifica tanto a restrição à concorrência como a promoção destes outros valores.

Estas considerações remetem à teoria da “ponderação dos princípios constitucionais”.¹⁰⁹ Ela não impede uma formulação abstrata para a resposta à questão objeto deste capítulo — mas os elementos desta formulação devem fazer referência direta às circunstâncias fáticas da restrição operada legislativamente; e a verificação deles depende da atenção a estas circunstâncias. A formulação aqui proposta é a seguinte: a restrição legislativa à concorrência no âmbito de atividades econômicas em sentido estrito será juridicamente válida quando for *razoável e proporcional*. São estes os dois critérios da ponderação concreta a ser procedida pelo Poder Judiciário.

Assim, tomada em termos amplos, a questão da constitucionalidade da legislação anticompetitiva, no Brasil, importa a aplicação de um teste bifásico.¹¹⁰ O exame da razoabilidade da restrição,

¹⁰⁹ Para Daniel Sarmento, “a resolução dos conflitos entre princípios constitucionais requer uma análise da situação concreta em que emergiu o conflito. O equacionamento das tensões principiológicas só pode ser empreendido à luz das variáveis fáticas do caso, as quais indicarão ao intérprete o peso específico que deve ser atribuído a cada cânone constitucional em confronto. E a técnica de decisão que, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, atribui especial relevância às suas dimensões fáticas, é o método de ponderação de bens” (Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 55).

¹¹⁰ Note-se que, no âmbito das atividades econômicas em sentido estrito, a solução brasileira aqui proposta é menos rígida do que a europeia. Para este caso, a Corte Europeia de Justiça tem restringido consideravelmente a liberdade política dos Estados-Membros, negando-se a acolher argumentos referentes ao mérito da regulação estatal que afasta a competitividade. A postura tem sido largamente criticada pela doutrina, que, curiosamente, propõe um teste parecido ao que é aplicável no caso brasileiro. Ver item 3.2.2.1 acima e, especialmente, GYSELEN, Luc. Anti-competitive state measures under the EC Treaty: towards a substantive legality standard. *European Law Review*, p. 55-89, 1993. Supp. (Comp. Law checklist).

que constitui a primeira fase deste teste, visa a comprovar a existência de uma razão de dignidade constitucional que justifique a restrição. Já o exame de proporcionalidade envolve uma análise da relação existente entre as finalidades buscadas e os meios para tanto escolhidos. Uma medida será dita proporcional quando seja *adequada, necessária e proporcional em sentido estrito*. A desproporcionalidade é característica das medidas que não são aptas a realizar a finalidade pretendida; que vão além do necessário para atingi-la (causando restrições desproporcionais); ou, finalmente, que sejam desproporcionais em sentido estrito.

Os deveres de razoabilidade e proporcionalidade são amplamente reconhecidos, na doutrina e na jurisprudência nacional, como condicionantes da atuação estatal. Considera-se comumente que os seus fundamentos normativos estariam nos princípios da legalidade e da finalidade (art. 5º, II e LXIX, 37 e 84, IV, da CF),¹¹¹ bem como no princípio de justiça (Preâmbulo e art. 3º da CF), do Estado de Direito (art. 1º da CF)¹¹² e do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF).¹¹³ Por sua força, nenhuma atuação pública, seja ela de natureza administrativa, legislativa ou jurisdicional, é juridicamente válida se restringir de forma irrazoável ou desproporcional os direitos fundamentais e os princípios constitucionais.¹¹⁴

¹¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 90-92.

¹¹² BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 34, p. 281-285, 1994; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, v. 3, n. 4, p. 197, maio 2000; MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *IOB-Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. São Paulo, n. 14, p. 372, jul. 2000.

¹¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 155; SILVA, José Afonso da. Controle da constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul-RS, v. 5, n. 25, p. 20, maio/jun. 2004.

¹¹⁴ Registre-se a importante divergência de Luis Virgílio Afonso da Silva, para quem “a busca por uma fundamentação jurídico-positiva da regra da proporcionalidade é uma busca fadada a ser infrutífera. A exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisão entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais” (v. o seu O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 91, n. 798, p. 34, abr. 2002).

3.3.2.3.1 Razoabilidade e proporcionalidade como postulados normativos

Razoabilidade e proporcionalidade são entendidas neste trabalho como postulados normativos aplicativos, e não como regras ou princípios constitucionais.¹¹⁵ Enquanto os princípios implicam o dever imediato de realizar um estado de coisas e as regras implicam o dever imediato de adotar a conduta descrita na norma, o postulado normativo *rege a aplicação destas outras duas espécies normativas*, estruturando a sua aplicação concreta. Dirige-se, pois, ao intérprete, constituindo-se em normas imediatamente metódicas. Daí se afirmar que os postulados normativos são normas de segundo-grau ou *meta-normas*; por atuarem no plano das normas, e não no plano dos fatos.¹¹⁶

No que importa ao objeto deste capítulo, é necessário esclarecer que os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade atuam como critérios para a resolução de conflitos de princípios. Sob o âmbito de uma ordem normativa heterogênea e complexa, é comum que um ato tendente à realização do estado de coisas imposto por um princípio importe a restrição das finalidades impostas por outro princípio. Nesta hipótese, a conduta parece autorizada

¹¹⁵ Seguem-se largamente, aqui, os ensinamentos de ÁVILA, Humberto. Redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, jan./mar. 1999, em especial as p. 44-51. Vale a pena transcrever os conceitos de regras e princípios propostos pelo professor gaúcho, e aqui adotados: “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (In: *Teoria dos princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 78-79).

¹¹⁶ “A análise dos postulados de razoabilidade e de proporcionalidade, por exemplo, está longe de exigir do aplicador uma mera atividade subsuntiva. Eles demandam, em vez disso, a ordenação e a relação entre vários elementos (meio e fim, critério e medida, regra geral e caso individual), e não um mero exame de correspondência entre a hipótese normativa e os elementos de fato” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 136). Para Willis Santiago Guerra Filho, a proporcionalidade é um “princípio dos princípios” (In: Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, v. 3, n. 4, p. 197, maio 2000).

por um deles, mas proscria pelo outro. Sua licitude dependerá, então, de que a restrição promovida a um dos princípios tenha sido *razoável* e *proporcional*. Note-se bem que, na hipótese de descumprimento destes deveres, haverá violação do *princípio restringido* — e não da proporcionalidade e da razoabilidade em si. Por detrás da aplicação dos postulados normativos há sempre outras normas jurídicas.

No mais, apesar de freqüentemente confundidos na jurisprudência e na doutrina, os deveres de razoabilidade e de proporcionalidade são distintos.¹¹⁷ Especifique-se o conteúdo de cada um deles.

3.3.2.3.2 A razoabilidade e suas diferentes acepções

Várias são as acepções que o dever de razoabilidade assume no direito brasileiro. De acordo com a sistematização de Humberto Ávila, três sentidos prevalecem: razoabilidade como (i) eqüidade; (ii) equivalência e (iii) congruência.¹¹⁸ No primeiro sentido, a razoabilidade determina a compatibilização da previsão normativa abstrata com o caso concreto. Possui o efeito de afastar as interpretações literais que dariam ensejo a conseqüências *irrazoáveis*, destoando axiologicamente da norma aplicada. Na acepção de equivalência, a razoabilidade requer correspondência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Um exemplo de conseqüência desta determinação é o estabelecimento de uma sanção de acordo com a culpabilidade do sancionado ou a reincidência da infração. Finalmente, a razoabilidade como congruência requer a existência de

¹¹⁷ Entendendo como intrinsecamente conectados os “princípios” da razoabilidade e da proporcionalidade, v., por exemplo, BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *BDA-Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 158-159, mar. 1997; ROCHA, Luiz Alberto. Princípio da razoabilidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 98, n. 360, p. 358, mar./abr. 2002; MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Da falta de razoabilidade do Poder Legiferante. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 213, jul./set. 1998; SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Com compreensão diversa, ver, principalmente, Luís Virgílio Afonso da Silva, para quem “a regra da proporcionalidade, contudo, diferencia-se da razoabilidade não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura” (In: O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 91, n. 798, p. 27-31, abr. 2002).

¹¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 151 et seq.

um suporte empírico que fundamente a medida examinada. Por sua força, são inválidas as medidas que tenham sido estabelecidas arbitrariamente, à ausência de causas faticamente verificáveis. Viola-se, aqui, a exigência de vinculação à realidade.

Para o exame da validade jurídica da restrição concorrencial veiculada em lei, é particularmente relevante esta última acepção da razoabilidade. Ela impede a adoção de restrições à competitividade cujo objetivo seja meramente protetivo (de algumas) das empresas incumbentes, às expensas dos potenciais (e efetivos) concorrentes e dos consumidores dos serviços e bens fornecidos. Neste caso, o exame da razoabilidade liga-se à análise da *causa*, do *motivo* da restrição concorrencial operada. Restrições sem causa constitucionalmente protegida ou faticamente verificável são irrazoáveis.

Ilustração importante da aplicação concreta do dever de razoabilidade pode ser feita com referência à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em um caso, esta Corte julgou inconstitucional lei federal que exigia comprovação de condições de capacidade para desempenho da profissão de corretor de imóveis.¹¹⁹ Entendeu-se não haver, *no caso específico desta profissão*, razão a justificar a restrição à liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão: nenhuma técnica específica era necessária para o seu desempenho, nenhum risco social relevante decorreria do seu exercício por um inepto.¹²⁰

¹¹⁹ STF, Rp 930/DF; Tribunal Pleno; Relator: Min. Cordeiro Guerra; Relator p/ Acórdão: Min. Rodrigues Alckmin, *DJ*, 05 maio 1976. Humberto Ávila cita este caso como exemplo de aplicação, pelo STF, da proporcionalidade por adequação — entendimento do qual não compartilhamos. V. o seu *Teoria dos princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 170.

¹²⁰ Cita-se trecho relevante do voto condutor da maioria, do Ministro Rodrigues Alckmin, em que ele justifica porque entendida a restrição inconstitucional: “Primeiro, porque essa atividade, mesmo exercida por inepto, não prejudicará diretamente direito de terceiro. Quem não consegue obter comprador para propriedades cuja venda promova, a ninguém prejudica, mais que a si próprio. Em segundo lugar, porque não há requisito algum de capacidade técnica para exercê-la. Que diploma, que aprendizado, que prova de conhecimento se exige para o exercício dessa profissão? Nenhum é necessário. (...) Como consequência, o interesse público de forma alguma impõe seja regulamentada a profissão de ‘corretor de imóveis’, como não o impõe com relação a tantas e tantas atividades profissionais que, por dispensarem maiores conhecimentos técnicos ou aptidões especiais físicas ou morais, também não se regulamentam” (v. p. 16 do voto vista). Com fundamentos semelhantes, Eros Roberto Grau já defendeu em parecer a inconstitucionalidade da exigência de curso superior para o exercício do jornalismo. Cf. *Jornalista: curso superior; princípio da proporcionalidade*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 220, p. 278-292, abr./jun. 2000.

É esclarecedora, também, a jurisprudência do STF relativa à limitação geográfica para a instalação de estabelecimentos comerciais. Numa série de casos, esta Corte reputou que violavam a Constituição leis municipais que estabeleciam distanciamento geográfico entre farmácias e drogarias.¹²¹ Entendeu-se aqui que a restrição concorrencial era *irrazoável*. Entretanto, quando se tratou de julgar leis municipais que estipulavam distâncias mínimas entre *postos de combustíveis*, o resultado do julgamento foi diferente. O fundamento foi o de que o alto risco da atividade justificava o prudente distanciamento, na mesma área geográfica, de estabelecimentos congêneres.¹²² Aqui, a limitação concorrencial geográfica foi julgada razoável, por fundar-se na proteção da segurança pública.

Cite-se, finalmente, o julgamento de leis municipais que impediam a abertura, fora dos horários normais de funcionamento, das farmácias e drogarias que não estivessem escaladas para cumprimento de plantões obrigatórios.¹²³ O programa regulatório, que evidentemente restringe a competitividade, foi julgado constitucional *por viabilizar o sistema de plantão*, de interesse público.¹²⁴ Note-se que a concorrência livre nestes horários específicos poderia prejudicar o atingimento, por cada uma das farmácias, do lucro mínimo que justificaria a sua abertura — e isso poderia

¹²¹ STF, RE 199.517/SP; Tribunal Pleno; Relator: Min. Carlos Velloso; Relator p/Acórdão: Min. Maurício Corrêa; *DJ*, 13/11/1998; STF, RE 193.749/SP; Tribunal Pleno; Relator: Min. Carlos Velloso; Relator p/Acórdão: Min. Maurício Corrêa; *DJ*, 04/06/1998; STF, ADI 2327/SP; Tribunal Pleno; Relator: Min. Gilmar Mendes; *DJ*, 22/08/2003. Foi mesmo estabelecida, em 24.09.2003, a súmula n.º 646, segundo a qual: “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”.

¹²² Cf. STF, RE 204.187/MG; 2.ª Turma; Relatora: Min. Ellen Gracie; *DJ*, 02/04/2004. Ver também o voto do Min. Gilmar Mendes. E ainda: STF, RE 235.736/MG, 1.ª Turma, Relator: Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 5/2/2000; e STF, RE 199.101/SC, 1.ª Turma; Relator: Min. Sepúlveda Pertence; *DJ*, 30/09/2005.

¹²³ STF, RE 174.645/SP; 2.ª Turma; Relator: Min. Maurício Corrêa; *DJ*, 27/02/1998; STF, RE 189.170/SP; 2.ª Turma; Relator: Min. Marco Aurélio; *DJ*, 08/08/2003; STF, RE 274.028/SP; Relator: Min. Moreira Alves; *DJ*, 10/08/2001; STF, AI-AgR 481.886/SP; Relator: Min. Carlos Velloso; *DJ*, 01/04/2005.

¹²⁴ Sobre a regulação do horário de funcionamento das farmácias, v. SOUZA, Ana Maria A. Figueiredo de; MEDEIROS, Filipe Cleodon Cordeiro de; MARQUES, Sílvia Badim. Regulação sanitária por um enfoque judicial: o horário de funcionamento de farmácias e drogarias no Estado de São Paulo. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 3, n. 3, nov. 2002, em especial p. 48-50.

implicar a ausência de oferta deste serviço para o consumidor que dele necessitasse.¹²⁵ É, portanto, razoável (há razão legítima para) que ela seja restringida.¹²⁶

Nas decisões mencionadas acima em que decidiu pela constitucionalidade das leis, o Supremo Tribunal Federal promoveu um exame da razoabilidade das restrições às liberdades de concorrência e de iniciativa. Apontaram-se as circunstâncias fáticas e jurídicas que motivavam a restrição concorrencial. Para o enfrentamento de toda a problemática envolvida nestas questões, contudo, parece ter faltado um exame adicional, da *proporcionalidade* destas restrições. Um exemplo muito simples ajuda a compreender o problema. Embora seja de fato razoável estabelecer o distanciamento de postos de combustíveis, por razões ligadas à segurança pública, isto não significa que *qualquer distanciamento previsto em lei para este fim* seja juridicamente válido. Tome-se o caso concreto

¹²⁵ Destaca-se um trecho da decisão: “Ao Governo Municipal, nos limites da sua competência legislativa e administrativa, cumpre não apenas garantir a oferta da mercadoria ao consumidor, mas, indiretamente, disciplinar a atividade comercial, e, evitando a dominação do mercado por oligopólio, possibilitar ao pequeno comerciante retorno para as despesas decorrentes do plantão obrigatório” (in RE 174.645/SP; 2ª Turma; Relator: Min. Maurício Corrêa; DJ, 27/02/1998).

¹²⁶ Finalmente, o Supremo Tribunal Federal já julgou constitucional lei federal que estabelecia o controle das mensalidades escolares por entender que “para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros” (in STF, ADI-QO 319/DF; Tribunal Pleno; Relator: Min. Moreira Alves; DJ, 30/04/1993). Destaque-se a divergência do Ministro Marco Aurélio, para quem a lei em questão “introduz critérios de reajuste de mensalidades, jungindo-os inteiramente, seja qual for a prática adotada por esta ou aquela escola, ao percentual mínimo mensal dos salários em geral, fixado no inciso II do artigo 2º da Lei nº 8.030, de 13 de abril de 1990. Com isto, deixa de estimular a educação, conflitando com o artigo 205 aludido. Inibe a iniciativa privada no que introduz desequilíbrio nas relações jurídicas mantidas entre alunos ou pais de alunos e as escolas, forçando a fuga destas últimas do campo no qual vêm atuando, discrepando, assim, da previsão do artigo 209 antes referido. Interfere na livre concorrência dos estabelecimentos de ensino, distanciando-se, assim, do mandamento constitucional pertinente — inciso IV do artigo 170. Introduce mecanismos de preços que coloca em plano secundário a liberdade de mercado, acabando por forçar os prestadores dos serviços a aceitá-lo, ainda que em prejuízo até mesmo da qualidade do ensino e do empreendimento econômico, ante o evidente achatamento das mensalidades, com quebra, inclusive, da natureza sinalagmática dos contratos firmados, compreendida nesta a comutatividade” (p. 05 do seu voto). Para um exame da possibilidade de controle de preços em nosso ordenamento, v. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 172-176; COMPARATO, Fábio Konder. Regime constitucional de controle de preços. In: *Direito Público*: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996.

das leis cuja constitucionalidade foi questionada. Enquanto uma delas dispunha que os postos de combustíveis deveriam distar 500 metros uns dos outros,¹²⁷ outra estipulava a distância mínima necessária em 800 metros.¹²⁸ A diferença permite questionar se a segunda lei não estaria indo além do necessário para a proteção da segurança pública — e, com isso, limitando excessivamente a concorrência e causando prejuízos ao consumidor. Ainda que este não seja o caso, o que dizer de uma lei que estipulasse a distância mínima entre os postos em 1500 metros?

Estas considerações evidenciam que a razoabilidade de uma restrição concorrencial, apesar de relevante, não determina a sua validade jurídica — será sempre necessário avaliar, também, a sua proporcionalidade.¹²⁹

3.3.2.3.3 A proporcionalidade e os exames a ela inerentes

A verificação da proporcionalidade de determinada medida depende de que ela seja: *adequada, necessária e proporcional em sentido estrito*.¹³⁰ Para que se possa afirmar a ilicitude de uma medida restritiva, será bastante que se evidencie a violação a apenas

¹²⁷ RE 235.736, 1ª Turma, Relator: Min Ilmar Galvão, *DJ*, 5/2/2000.

¹²⁸ RE 204.187/MG; 2ª Turma; Relatora: Min. Ellen Gracie; *DJ*, 02/04/2004.

¹²⁹ Também reconhecendo limites de proporcionalidade à intervenção estatal na economia, v., por exemplo, ARAGÃO, Alexandre dos Santos. O princípio da proporcionalidade no direito econômico. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 98, n. 359, p. 11, jan./fev. 2002. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Intervenção estatal sobre o domínio econômico: livre iniciativa e proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 224, abr./jun. 2001. GRAU, Eros Roberto. Comercialização de cigarros: inconstitucionalidade da restrição ao número de unidades; interpretação da Constituição, livre iniciativa e princípio da proporcionalidade (parecer). *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, 1999; COMPARATO, Fábio Konder. Regime constitucional de controle de preços. In: *Direito Público*: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996.

¹³⁰ V., por exemplo, GRAU, Eros Roberto. Comercialização de cigarros: inconstitucionalidade da restrição ao número de unidades; interpretação da Constituição, livre iniciativa e princípio da proporcionalidade (parecer). *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 164, 1999; BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 34, p. 284, 1994; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, v. 3, n. 4, p. 198, maio 2000; SADELLER, Nicolas de. Le principe de proportionnalité: cheval de troie du marché intérieur?. *Revue des Affaires Européennes*, Paris, v. 9, n. 3/4, p. 383-385, 1999.

um destes três aspectos. A aplicação deles, ademais, é subsidiária: se a medida for inadequada, não é necessário avaliar a sua necessidade; e se ela for desnecessária, não é necessário avaliar a sua proporcionalidade em sentido estrito.¹³¹

3.3.2.3.3.1 A adequação

A adequação é um juízo a respeito da conformidade dos meios escolhidos para o fim desejado. Em outras palavras, a medida é adequada quando possui aptidão para a persecução dos fins nela invocados. A inadequação é característica dos meios que não produzem ou fomentam o resultado esperado, nem contribuem para a sua realização. Uma medida que implique a restrição da competitividade em um mercado será considerada *adequada* se dela resultarem efeitos que contribuam para a realização de finalidade imposta por outro princípio constitucional. No caso da lei capixaba que conferia aos doadores regulares de sangue meia-entrada para estabelecimentos de lazer, parece evidente que a medida era adequada, uma vez que criava incentivos para a doação de sangue, contribuindo para a proteção da saúde e da vida humana. Igualmente, parece adequado ao fim da proteção da segurança pública o estabelecimento de distância mínima entre postos de combustíveis.

Por outro lado, o argumento da inadequação da legislação foi usado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), no desempenho de sua função de “advogada da concorrência”, para desaconselhar o Senado Federal a adotar Projeto de Lei que visava a acrescentar dispositivo no Código de Defesa do Consumidor. A redação do dispositivo em questão era a seguinte: “no fornecimento de bens e serviços executados de forma contínua, o fornecedor deverá estender aos contratos em vigor, a critério do consumidor, as condições oferecidas para adesão de novos consumidores”. A SEAE argumentou que esta medida *não atingiria a finalidade pretendida*, de estender as promoções a todos os consumidores.

¹³¹ SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 91, n. 798, p. 34, abr. 2002.

Ao invés disso, acabaria por desencorajar o estabelecimento de promoções, as quais se tornariam economicamente irracionais.¹³²

De todo modo, são necessárias algumas precisões a propósito da aplicação do dever de proporcionalidade-adequação para a avaliação de medidas públicas regulatórias.¹³³ Em primeiro lugar, note-se bem que não deve haver um escrutínio da finalidade pretendida *em si*. Neste ponto, há considerável liberdade para o regulador. Não cabe ao julgador, quando do exame da proporcionalidade-adequação de uma medida, avaliar a sua *conveniência social*. Esta é uma avaliação que cabe ao regulador, no uso de sua competência política. Verifica-se apenas se o meio adotado (a medida regulatória) permite, abstratamente, a promoção da finalidade pretendida. Em segundo lugar, não cabe avaliar se a medida em questão era a *mais adequada possível*, dentre todas aquelas disponíveis ao regulador. Para passar o teste da adequação, é suficiente que a medida em questão *contribua minimamente* para a promoção do fim pretendido. A ilicitude neste particular dependerá da demonstração de inadequação *manifesta*.¹³⁴ Isso significa que a demonstração de que haveria uma forma de atingir o resultado desejado de forma *mais intensa, melhor* ou *mais provável* não implica a ilicitude da medida concretamente adotada.¹³⁵

3.3.2.3.2 A necessidade

Em sua acepção *necessidade*, o dever de proporcionalidade importa que, dentre os meios semelhantemente adequados para a consecução da finalidade pretendida, o Poder Público deverá escolher

¹³² V. <<http://www.seae.fazenda.gov.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2007, p. 26 et seq. Para maiores informações sobre este e outros casos e sobre a advocacia da concorrência, ver capítulo quinto.

¹³³ Para um exame mais profundo dessas limitações à aplicabilidade da adequação, v. ÁVILA Humberto. *Teoria dos princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 165-170.

¹³⁴ Cf. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 88.

¹³⁵ Para Luis Virgílio Afonso da Silva, “uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido” (In: O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 37, abr. 2002). Assim também, MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *IOB-Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. São Paulo, n. 14, p. 370, jul. 2000.

aquele que imponha *menor violação de direitos e princípios fundamentais*. A necessidade é a propriedade da restrição que indica ter sido ela imposta na exata medida daquilo que era exigido para a produção do resultado esperado. Uma medida desnecessária é uma medida que violou mais profundamente os direitos de terceiros do que seria exigível para a realização do fim visado.¹³⁶

Aplicando este raciocínio às restrições concorrenciais, o CADE entendeu ser inconstitucional Lei Complementar do Distrito Federal que impedia o estabelecimento de postos de combustíveis em estacionamentos de supermercados, sob o argumento da preservação da segurança da população vizinha.¹³⁷ O Conselho observou que a completa proibição à instalação de postos de revenda de combustíveis não se afigurava “indispensável aos imperativos de segurança da população, pois para tanto bastaria que fossem estabelecidos rígidos padrões de garantia da segurança” para o seu funcionamento, tais como distância mínima dos automóveis, padrões dos tanques e autorização do corpo de bombeiros.¹³⁸

¹³⁶ O dever de proporcionalidade-necessidade está intimamente ligado ao chamado “princípio da subsidiariedade”. No tocante à intervenção estatal na economia, esta norma determina que a regulação pública deve ser meramente supletiva à atuação direta da iniciativa privada. Sempre que a concretização dos princípios constitucionais relevantes a uma determinada atividade puder se atingir sem a intervenção estatal, assim deverá ser feito. A idéia é a de que o manejo da autoridade estatal só se justifica “na medida em que uma finalidade de interesse geral (...) não seja alcançável autonomamente pelas instituições sociais” (In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista de Direito Público da Economia-RDPE*, n. 1, p. 80, jan./mar. 2003). Também afirmando esta conexão entre a subsidiariedade e a proporcionalidade, v. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. O princípio da proporcionalidade no direito econômico. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 98, n. 359, p. 11, jan./fev. 2002. Sobre o tema, v. ainda BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e revolução. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 200, abr./jun. 1995. Na doutrina estrangeira, v. PINTO Ilenia Massa. *Il principio di sussidiarietà: profili storici e costituzionali*. Napoli: Jovene, 2003, em especial o cap. 3.

¹³⁷ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08000.024581/1994-77. Conselheiro Relator: Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Representante: DPDE “ex officio”. Representados: SINPETRO/DF; Rede Gasol (Grupo Cascão); Rede Igrejinha DOU, 09.02.05. Cf. a seção VI. 7 do voto do Relator. Para outras importantes considerações sobre este caso, v. o capítulo quarto desta dissertação.

¹³⁸ O CADE não possui, contudo, poderes para anular legislação que julgue inconstitucional por restrição desproporcional da concorrência. Identificada a restrição pública à concorrência, cabe-lhe apenas oficial o regulador correspondente e solicitar-lhe as medidas necessárias para que se evitem violações às normas antitruste. Desatendida esta solicitação, o CADE enviará o caso à sua Procuradoria ou representará à entidade competente (v.g. Ministério Público) para que seja buscada a correção cabível, perante o Poder Judiciário. Para maiores detalhes sobre este tema, v. o capítulo quinto desta dissertação.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há o sempre citado caso da lei do estado do Paraná¹³⁹ que determinava a pesagem obrigatória de botijões de gás à vista do consumidor. O fundamento da obrigação, que restringia de forma inequívoca a livre iniciativa, era a proteção do consumidor. A Corte acolheu o argumento de que havia meios menos restritivos de promover esta finalidade, como a fiscalização por amostragem — a lei foi, então, julgada inconstitucional por desproporcionalidade (desnecessidade).¹⁴⁰

Perceba-se que, enquanto o exame da adequação limita-se a verificar a existência de nexo de causalidade entre a medida adotada pelo Poder Público e a finalidade buscada, o exame de necessidade empreende uma análise comparativa entre a medida concretamente adotada pelo Poder Público e as alternativas que ele detinha para realizar a mesma finalidade. O exame de necessidade fixa como critério desta análise comparativa o menor grau de violação a direitos e princípios fundamentais. Quer dizer: diferentes medidas regulatórias devem ser comparadas, dando-se preferência àquela que seja menos restritiva. Dessa estrutura de análise podem resultar algumas dificuldades. Imagine-se, por exemplo, a situação em que uma alternativa, embora menos restritiva, produz o resultado desejado de forma *menos intensa, pior* ou *menos provável* do que a medida efetivamente adotada pelo Poder Público. Nestes casos, não pareceria satisfatório julgá-la ilícita, por desproporcionalidade.

Desta circunstância derivam duas conseqüências: a primeira é que uma medida só deve ser dita desproporcional por desnecessidade quando as alternativas a serem comparadas são *semelhantemente* adequadas. A segunda é a de que o exame da necessidade é intimamente ligado ao exame da proporcionalidade em sentido estrito.

¹³⁹ Lei nº 10.248/93, em cujo 1º artigo se lia: “É obrigatória a pesagem, pelos estabelecimentos que comercializarem - GLP - Gás Liquefeito de Petróleo, à vista do consumidor, por ocasião da venda de cada botijão ou cilindro entregue e também do recolhido, quando procedida a substituição. Parágrafo único. Para efeito do disposto no ‘caput’ deste artigo, os Postos revendedores de GLP, bem como os veículos que procedam à distribuição a domicílio, deverão portar balança apropriada para essa finalidade.”

¹⁴⁰ STF, ADI-MC 855/PR; Tribunal Pleno; Relator: Min. Sepúlveda Pertence; DJ01/07/1993. Vejam-se, por exemplo, os trechos do parecer do Diretor de Metrologia Legal do INMETRO citado no relatório da decisão. Para uma crítica a esta decisão, v. SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 36-44, abr. 2002.

3.3.2.3.3 A proporcionalidade em sentido estrito

O último dos exames inerentes à verificação da proporcionalidade de uma medida estatal diz respeito à sua *proporcionalidade em sentido estrito*. Com esta exigência se pretende que as vantagens sociais decorrentes do ato devem superar as desvantagens dele decorrentes. Sob o exame da proporcionalidade em sentido estrito, contrapõem-se, de um lado, a relevância do fim visado com a medida e a intensidade da restrição que ela provoca. Assim, uma medida pode estar apta a realizar os fins desejados com a menor violação de direitos possível, mas ser ainda assim inconstitucional, porque a restrição de direitos por ela operada supera em relevância o resultado a ser obtido.

O exame de proporcionalidade em sentido estrito pode atuar para dirimir as dificuldades do exame de necessidade da medida. Nos casos em que a medida adotada pelo Poder Público e as suas alternativas diferirem consideravelmente tanto no grau (intensidade, qualidade ou probabilidade) de sua adequação quanto na intensidade das restrições promovidas, a questão referente à sua proporcionalidade é melhor resolvida sob o exame da proporcionalidade em sentido estrito. Se, apesar de restringir mais do que o *necessário* para realizar o estado de coisas desejado, a medida o faz de forma particularmente *intensa, melhor ou mais provável* do que a alternativa menos restritiva, o exame de sua proporcionalidade em sentido estrito poderá contribuir para a definição de sua validade. Esta conclusão é uma decorrência da necessidade de conciliar o respeito pelas opções do Legislativo ou do Executivo e o controle judicial destes poderes.

Mas o exame de proporcionalidade em sentido estrito enceta dificuldades próprias. Em primeiro lugar, parece evidente que a avaliação e ponderação de “vantagens e desvantagens sociais” de uma medida são procedimentos altamente subjetivos. Por outro lado, o poder de dizer ilícita uma medida por desproporcionalidade em sentido estrito é bastante *amplo* (ou intenso). Um juiz poderia, em tese, anular medida *adequada e necessária* por (subjetivamente) entendê-la desimportante. A solução para este impasse não reside no abandono do exame de proporcionalidade em sentido estrito

— neste caso, para evitar-se o abuso do judiciário, abrir-se-ia espaço para abusos do executivo e do legislativo. O ideal, no caso, é recomendar dose extra de cautela ao julgador: apenas quando a medida se apresentar *manifestamente* desproporcional em sentido estrito deveria ser ela julgada ilícita.

3.3.2.3.4 Notas finais de ordem prática

Dois comentários de ordem prática devem ser finalmente adicionados. O primeiro refere-se à conveniência (e eventual *necessidade*) do recurso à ciência econômica para a aplicação concreta do enquadramento teórico apresentado acima. As menções aos deveres de razoabilidade e de proporcionalidade são formulações genéricas e até certo ponto vazias, cujo conteúdo deve ser preenchido por considerações específicas e concretas, de ordem preponderadamente econômica, para que se lhes dê *significado normativo concreto* na disciplina da regulação pública.¹⁴¹

¹⁴¹ Lamentavelmente, ainda há, no Brasil, uma incompreensível reticência quanto à utilização da doutrina econômica para a aplicação do Direito. Não há razão para isso. A primeira e mais evidente hipótese na qual o instrumental econômico pode e deve ser usado é aquela em que esta utilização deriva como determinação explícita da própria norma; a economia é, enfim, pressuposto da aplicação normativa. Há razões diversas para que se prevejam tais fatos econômicos nos enunciados normativos. Em alguns casos, pretende-se disciplinar situações que só podem ser expressas em termos econômicos — é um fato econômico que se quer regular. Noutros, pretende-se atingir determinado objetivo, também só (ou melhor) descrito em suas propriedades econômicas. Neste passo, são duas as possibilidades: ou bem se estatuiu um “fato econômico” como pressuposto de aplicabilidade de uma consequência normativa; ou bem se previu que determinado fato deveria dar ensejo a uma dada consequência normativa, definida em termos econômicos. No primeiro caso, a aplicação da consequência normativa depende da verificação do fato que é seu pressuposto. Será necessário recorrer ao conhecimento econômico para reivindicar a incidência normativa ou pleitear o seu afastamento. Um exemplo muito claro é o do art. 20, II, da Lei nº 8.884/94, que prevê constituir infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir o efeito de “dominar mercado relevante de bens ou serviços”. Para afirmar-se a ocorrência da hipótese de incidência normativa ou para refutá-la será necessário recorrer ao método econômico. No segundo caso, exige-se de determinados indivíduos ou entidades que, para agirem em conformidade com o Direito, realizem determinado estado de coisas economicamente definido. É esta a norma que se extrai do princípio da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal): estatuiu-se, no caso, um dever ao administrador público de gerir eficientemente os recursos de que dispõe para atingir os seus objetivos constitucionais. Ainda no que concerne ao uso da teoria econômica como auxílio na aplicação normativa, deve-se fazer referência ao conteúdo econômico implícito de inúmeras normas do nosso Direito. O conhecimento desta racionalidade econômica que lhes informa certamente contribuirá para uma aplicação mais coerente com a sua finalidade. Nas palavras de Fábio Nusdeo, é “inócua e vazio brandir o advogado, perante os tribunais ou numa reunião profissional, os códigos e as leis, citá-los

A utilização, no Direito, de ponderações emprestadas de outros ramos do conhecimento humano não constitui nenhuma novidade. A aplicação da norma jurídica abstrata ao caso concreto *frequentemente* depende de recurso a conhecimentos técnicos específicos. Assim, por exemplo, tome-se a disposição da lei de licitações e contratos administrativos que, em atenção direta a um mandamento constitucional (art. 37, XXI, CF), proíbe a exigência de qualificações excessivas ou dispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações do contrato licitado (art. 3º, §1º, I da Lei Federal nº 8.666/93). Na avaliação concreta de editais de licitação para contratação de serviços de engenharia civil, não é raro que o magistrado seja obrigado a recorrer a pareceres de peritos, os quais lhe fornecerão os subsídios necessários para a decisão a propósito da compatibilidade da disposição editalícia com a norma da lei de licitações.

Do mesmo modo, quando se trata de avaliar a constitucionalidade de uma restrição à concorrência, poderá ser necessário recorrer ao instrumental econômico. Afinal, as características específicas do setor em questão certamente influirão para definir a necessidade de que se lance mão de instrumentos interventivos estatais. Por outro lado, as finalidades sociais buscadas para aquele setor farão com que determinada medida regulatória seja considerada mais ou menos adequada. Finalmente, a utilização da teoria econômica permitirá a mais fácil compreensão dos efeitos positivos e negativos que cada uma das medidas regulatórias produz sobre o mercado, circunstância essencial para avaliar a sua proporcionalidade. Nestas situações, é conveniente que o STF se valha da previsão do art. 89 da Lei nº 8.884/94, intimando o CADE para atuar como *amicus curiae*.¹⁴²

Esclareça-se, ainda, que o recurso à ciência econômica não importa o “império da economia” ou a “imposição de valores econômicos sobre os valores jurídicos”, como fazem crer os seus

de memória, discutir o sentido literal ou o lógico-formal das suas normas, se se revelar jejuo quanto ao seu conteúdo, à sua funcionalidade e ao seu destino” (In: *Curso de economia: introdução ao Direito Econômico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 19).

¹⁴² Ver, a propósito, o capítulo quinto desta dissertação.

críticos. Assim como o parecer do especialista em engenharia civil do exemplo anterior não é determinante para a decisão do magistrado que avalia a disposição editalícia, também a doutrina econômica não o será; ela apenas conferirá subsídios importantes para a ponderação que será feita posteriormente pelo juiz.

Dito isto, passe-se à segunda observação necessária neste final de capítulo. Ela está ligada à difícil questão da *intensidade* do controle judicial da regulação.¹⁴³ A proposta de um controle de proporcionalidade e razoabilidade da regulação pública leva inexoravelmente a ponderações desta espécie. A preocupação deriva de uma possível violação ao princípio da separação dos poderes em razão do controle excessivo do Poder Judiciário sobre a autonomia *política* do Poder Legislativo. O delicado problema não comporta soluções simples.

De um lado, como já foi visto, a insindicabilidade da escolha do legislador não é compatível com o nosso ordenamento jurídico, por força do disposto no art. 5º, XXXV, e como decorrência imediata do estabelecimento de um Estado de Direito. Os poderes constituídos submetem-se ao controle de legalidade promovido pelo Poder Judiciário e dele não podem se esvaír. Nem mesmo é admissível que a dificuldade do controle da regulação, que quase sempre envolve questões técnicas e econômicas nas quais os juízes não são especializados, sirva de justificativa para que seja feita vista grossa às eventuais arbitrariedades cometidas sob o argumento da tecnicidade.¹⁴⁴

¹⁴³ Cf. ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 236, p. 380-383, abr./jun. 2004.

¹⁴⁴ Para o argumento de que a tecnicidade das matérias envolvidas na regulação impediriam o seu controle pelo Poder Judiciário, Michael Kohl apresenta um interessante contraponto: a complexidade da atividade regulatória já a faz livre de constrições democráticas e políticas tradicionais (compreensão, pelos cidadãos, dos seus méritos e respostas eleitorais). Neste cenário, a complexidade da regulação seria uma razão não para desencorajar o escrutínio do judiciário, mas para *fundamentá-lo*. Afinal, este seria o único controle incidente sobre este exercício do poder estatal. Em suas próprias palavras: “economic regulation is highly complex and therefore likely to escape normal democratic controls. Thus, it must be subject to court scrutiny to ensure constitutionally required democratic accountability” (in Constitutional limits to anticompetitive regulation: the principle of proportionality. In: AMATO, Giuliano; LAUDATI, Lauraine (Ed.). *The anticompetitive impact of regulation*. Cheltenham: Edward Elgar, 2001. p. 419).

Por outro lado, é evidente que a previsão constitucional de controle judicial não pode constituir desculpa para que os integrantes do Poder Judiciário invadam o espaço de liberdade essencial que é conferido à ponderação dos demais poderes, substituindo-lhes a autonomia política pela sua própria noção de conveniência social. Em outras palavras, o controle judicial não pode abrir espaço a um *governo de juízes*. A uma, não há razão para supor serem os magistrados mais aptos a escolher os rumos políticos da sociedade brasileira. A duas, faltam-lhes, ao menos em nosso sistema, legitimidades política e democrática para fazê-lo.¹⁴⁵

Para compatibilizar estas determinações contraditórias, não há como fugir a uma solução intermediária: o controle judicial deverá, pois, operar sobre a regulação *manifestamente* irrazoável ou desproporcional. Isto impõe que o magistrado proceda à revisão do ato estatal com deliberada *cautela*. No que atine ao controle de proporcionalidade, a medida só deverá ser dita inadequada quando não contribuir minimamente para a realização do fim. A anulação de uma medida em razão da existência de outras que fossem “mais adequadas” constituiria invasão excessiva no espaço de discricionariedade política do legislador, até porque as medidas podem ser mais ou menos adequadas em diferentes aspectos e não seria razoável exigir do administrador a avaliação dos diferentes aspectos da adequação de numerosas medidas eventuais. Do mesmo modo, só será tida por desnecessária aquela medida que possa ser substituída por outras *manifestamente* menos restritivas e semelhantemente adequadas. Finalmente, a desproporção em sentido estrito deverá ser flagrante para justificar a revisão judicial da regulação anticompetitiva.

¹⁴⁵ Pondera Luis Roberto Barroso, sobre a aplicação, pelo Poder Judiciário, dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade: “Por ser uma competência excepcional, que se exerce em domínio delicado, deve o Judiciário agir com prudência e parcimônia. É preço ter em linha de conta que, em um Estado democrático, a definição das políticas públicas deve recair sobre os órgãos que têm o batismo da representação popular, o que não é o caso de juízes e tribunais. Mas, quando se trate de preservar a vontade do povo, isto é, do constituinte originário, contra os excessos de maiores legislativas eventuais, não deve o juiz hesitar.” (In: Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *BDA - Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 163, mar. 1997). Sobre o tema, ver ainda: PALMEIRA Marcos Rogério. O Judiciário e a separação de poderes: aspectos políticos do controle da constitucionalidade das leis. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 6, n. 12, p. 145-64.

3.4 Conclusão

A análise procedida neste capítulo demonstrou que, no direito brasileiro, a estratégia de proteção da concorrência por meio da tentativa de anulação judicial da legislação anticompetitiva é possível, mas está submetida a alguns limites.

De logo, ela é ineficaz para controlar as restrições concorrenciais efetuadas, pelo legislador competente, no âmbito dos serviços públicos. É que, para esta espécie do gênero atividade econômica, o constituinte brasileiro optou por conferir ao ente titular do serviço a decisão de submetê-lo ou não ao modelo de prestação concorrencial. Por força desta opção constitucional, a regulação legislativa de serviços públicos não pode ser anulada judicialmente sob o argumento de sua anticompetitividade.

Dois esclarecimentos foram feitos a esta tese. Primeiro, embora a Constituição não obrigue o titular do serviço público a submetê-lo à concorrência, ela o obriga a promover licitação para escolha do(s) eventual(is) concessionário(s). Essa expressa previsão constitucional de “competição pelo mercado”, se desatendida, pode dar ensejo à anulação da regulação de serviços públicos. Segundo, é possível controlar judicialmente o que o legislador declara como serviço público — e, por esta via, eventualmente, proteger a competitividade. Ou seja, o legislador não está completamente livre para aplicar regime de serviço público a quaisquer atividades.

Por outro lado, há mais espaço para anulação da restrição legislativa da concorrência no caso de regulação de atividade econômica em sentido estrito. É que, para estas atividades, incide o princípio constitucional da livre concorrência, que obriga o legislador a ponderar os efeitos anticompetitivos de suas políticas. Aqui, a restrição legislativa da concorrência será constitucional apenas se for *razoável* e *proporcional*. O primeiro destes deveres implica a invalidade jurídica de restrição concorrencial sem causa constitucionalmente protegida ou faticamente verificável. O segundo deles implica a invalidade jurídica de restrição concorrencial *inadequada*, *desnecessária* ou *desproporcional* ao fim a que se destina.

O fato é que a desconstituição de medidas regulatórias com base na irrazoabilidade ou desproporcionalidade da restrição concorrencial por ela promovida deverá envolver uma boa dose de cautela, para não resultar em ingerência indevida do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo. Esta observação sugere alguma limitação na eficácia da estratégia de anulação judicial para o fim de minimizar o impacto anticompetitivo da regulação estatal, mesmo quando se trate de regulação de atividade econômica em sentido estrito. Embora importante e, neste último caso, utilizável, a estratégia apenas servirá para eliminar restrições *manifestamente* irrazoáveis ou desproporcionais. Eis porque segue sendo fundamental examinar as demais estratégias, assim como cogitar da adoção conjunta de algumas delas.

O controle do lobby por regulação anticompetitiva

Sumário: 4.1 O objetivo e a estrutura deste capítulo - 4.2 A disciplina concorrencial do lobby no direito comparado - 4.2.1 O caso dos Estados Unidos: a *Noerr-Pennington Doctrine* - 4.2.2 O caso da União Européia - 4.2.3 O lobby e o direito concorrencial na experiência comparada - 4.3 A disciplina concorrencial do lobby no Brasil: o estado da arte - 4.3.1 O estágio atual da jurisprudência do CADE - 4.3.1.1 O relato do caso SINPETRO-DF - 4.3.1.2 Reflexões sobre o caso SINPETRO-DF - 4.3.1.3 Outras manifestações do CADE sobre este tema - 4.3.1.4 Conclusões sobre o estágio atual da jurisprudência do CADE - 4.4 A disciplina concorrencial do lobby no Brasil: uma proposta - 4.4.1 A ausência de um adequado critério teórico da ilicitude - 4.4.2 O caráter indireto e incerto da restrição concorrencial resultante do lobby - 4.4.3 As alternativas ao controle direto do lobby - 4.4.4 Esclarecimentos finais - 4.5 Conclusão

4.1 O objetivo e a estrutura deste capítulo

Este capítulo visa ao exame da possibilidade de controlar o lobby por regulação anticompetitiva com base no direito concorrencial brasileiro. Eis a questão que deve ser aqui respondida: a empresa que tenta influenciar as entidades estatais para a emissão de medidas restritivas da concorrência pode ser sancionada sob o nosso direito antitruste?

A questão é importante porque muito do impacto anticompetitivo da regulação estatal deriva desta atuação lobista. A pressão política perante o regulador é uma das alternativas à disposição dos interessados em reduzir a competitividade dos mercados. Aliás, comparativamente às restrições diretas, de natureza privada, esta

alternativa possui algumas vantagens. Para começar, as limitações concorrenciais decorrentes de medidas públicas, que decorreriam do lobby, permitem uma solução mais eficaz do problema da entrada de concorrentes: ao invés do contínuo monitoramento requerido pelas restrições de ordem privada, pode-se ter um sistema público de concessão limitada de licenças para atuar no setor. Além disso, enquanto a constante ameaça de traição de uma das empresas envolvidas acaba por produzir uma instabilidade eterna nos cartéis privados, com os custos de vigilância daí decorrentes, o estabelecimento de um “cartel público” permite que eventuais desrespeitos de suas regras sejam sancionados através dos procedimentos públicos previstos para este fim (“built-in cartel enforcement mechanism”).¹⁴⁶

Por outro lado, economistas ligados à Escola de Chicago demonstraram que as investidas empresariais lobistas são frequentemente eficazes, por duas razões principais.¹⁴⁷ Em primeiro lugar, interesses compactos e organizados tendem a prevalecer sobre interesses difusos em disputas políticas, tendo em vista o menor custo de sua mobilização. Isso importa uma tendência a que os interesses das empresas reguladas prevaleçam sobre aqueles dos

¹⁴⁶ É o raciocínio de MURIS, Timothy J. State intervention/State Action: a U.S. perspective. In: HAWK, Barry HAWK (Ed.). *International Antitrust Law & Policy*; Fordham Corporate Law 2003. New York: Juris, 2003. p. 518.

¹⁴⁷ A referência é à chamada “Teoria da Regulação Econômica”, que teve início com um artigo em que George J. Stigler aplica a racionalidade econômica às condutas políticas, assumindo que os agentes políticos são, eles também, maximizadores de seu próprio interesse pessoal. Portanto, poderiam os grupos de interesse influenciar as suas ações ao satisfazer os seus interesses (v. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971). A teoria ganhou elaborações mais precisas posteriormente, com as contribuições aportadas em: PELTZMAN, Sam. Toward a more general Theory of Regulation. *Journal of Law and Economics*, v. 19, n. 2, Conference on the Economics of Politics and Regulation, 1976, p. 211-240; e BECKER, Gary. A Theory of competition among pressure groups for political influence. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 98, n. 3, p. 371-400, 1983. Fundamentalmente, estes dois autores adicionam à análise de Stigler o aspecto de equilíbrio ou dinamismo: a cada conquista de um grupo de interesse no mercado político, a situação se altera, abrindo espaço para novas e diferentes transformações do *status quo*. De acordo com Becker: “... a change in the influence of any group that affects its taxes and subsidies must affect the subsidies and taxes, and hence the influence, of other groups. Therefore, groups do not entirely win or lose the competition for political influence because even heavily taxed groups can raise their influence and cut their taxes by additional expenditures on political activities. This contrasts with the all-or-nothing outcomes implied by many other formal models of political behavior, where the ‘majority’ clearly wins and the ‘minority’ clearly loses”.

consumidores na “competição pela regulação”.¹⁴⁸ Em segundo lugar, tomada a regulação como um bem adquirível no mercado político, há uma tendência a que ela seja obtida pelo grupo que a valorar mais intensamente — e este é o caso das empresas reguladas, afetadas de um modo geralmente mais intenso e concentrado pelas políticas regulatórias do que a massa de consumidores.¹⁴⁹

Dadas estas características do lobby por regulação restritiva da concorrência, ela se torna uma opção interessante para o empresário interessado na limitação da competitividade. Disso resulta um óbvio interesse das autoridades antitruste em coibir estas atividades. Neste particular, a dificuldade resulta de que o lobby é manifestação de liberdades políticas fundamentais à democracia. Assim, ao menos *a priori*, é uma atividade não só *lícita*, como desejável, essencial à eficácia social de um regime político representativo. A expressão de interesses, pelos cidadãos, é condição para que os políticos possam exercer o poder em seu nome.

Pois bem. É esta tensão entre liberdades políticas e deveres de proteção da concorrência que leva à dúvida objeto deste capítulo: afinal, é possível minimizar o impacto anticompetitivo da regulação estatal *através* da repressão antitruste do lobby por regulação?

Para responder a esta questão, o capítulo está estruturado da seguinte forma. A exposição se inicia com uma apresentação relativamente detalhada da disciplina deste tema no direito comparado (item 4.2). A ela se segue relato crítico do estágio atual da jurisprudência do CADE sobre o assunto (item 4.3). Será visto que o CADE ainda não enfrentou toda a dificuldade que o tema apresenta e que muitas questões ainda seguem sem respostas. Mesmo assim, já é possível identificar uma tendência deste Conselho de admitir a repressão antitruste ao lobby por regulação anticompetitiva, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos e na União Européia.

¹⁴⁸ PELTZMAN, Sam; LEVINE, Michael E.; NOLL, Roger G. The Economic Theory of Regulation after a decade of deregulation. *Brookings Papers on Economic Activity Microeconomics*, p. 14, 1989.

¹⁴⁹ Estudos de setores regulados nos Estados Unidos demonstraram que as medidas regulatórias públicas em geral promovem os interesses da indústria regulada. Ver, a propósito, MOORE, Thomas Gale. The beneficiaries of trucking regulation. *Journal of Law and Economics*, v. 21, n. 2, p. 327-343, 1978; JORDAN, William A. Producer protection, prior market structure and the effects of government regulation. *Journal of Law and Economics*, v. 15, n. 1, p. 151-176, 1972.

Esta solução será aqui criticada. A tese que será defendida é a de que a repressão antitruste ao lobby por regulação anticompetitiva não é possível em nosso sistema jurídico (item 4.4). Isso importa advogar a reforma do entendimento atual do CADE.

4.2 A disciplina concorrencial do lobby no direito comparado

Antes de discutir a questão dos limites de licitude concorrencial do lobby privado no direito brasileiro, é importante examinar os exemplos dos Estados Unidos e da União Européia, que possuem maior tradição no trato da matéria.

4.2.1 O caso dos Estados Unidos: a *Noerr-Pennington Doctrine*

Nos Estados Unidos, a atuação política das empresas privadas perante o poder público para a elaboração de regulações com efeitos anticompetitivos, como proteção aos seus interesses particulares, é disciplinada pela chamada *Noerr-Pennington Doctrine*. Esta teoria cristaliza o posicionamento da Suprema Corte no assunto, fixado a partir dos casos *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight*¹⁵⁰ e *United Mine Workers v. Pennington*,¹⁵¹ de onde deriva o seu nome. O seu princípio condutor é o de garantir o desinibido acesso dos particulares aos agentes públicos responsáveis pelas decisões governamentais.¹⁵² O seu fundamento principal reside na Primeira Emenda à Constituição americana, que estabelece uma proibição a que a legislação federal atente contra algumas liberdades fundamentais, como a liberdade de credo, de expressão, de imprensa, de associação, e de petição ao poder público.¹⁵³

¹⁵⁰ *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight*, 365 U.S. 127.

¹⁵¹ *United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657.

¹⁵² Cf. HJELMFELT, David C. *Antitrust and regulated industries*. New York: John Wiley & Sons, 1985. p. 303-307; VOSSESTEIN, Adrian J. Corporate efforts to influence public authorities, and the EC rules on competition. *Common Market Law Review* 37, n. 6, p. 1385, 2000.

¹⁵³ Eis o texto da Primeira Emenda à Constituição americana: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

De acordo com a Suprema Corte, as leis federais americanas (em especial o *Sherman Act*) não poderiam ser interpretadas de modo a impedir que as empresas levassem aos agentes públicos as suas manifestações, tentando influenciá-los a agir em seu favor. Desta forma, a *Noerr-Pennington Doctrine* provê uma espécie de imunidade antitruste, dirigida a atos anteriores à elaboração de uma política ou decisão regulatória específica. Esta imunidade atinge atos de petição ao governo sob múltiplas formas, como lobby político, processos administrativos e litígios processuais.¹⁵⁴

O relato do caso *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight* ajuda a compreender melhor os contornos da doutrina. A questão de fundo era a disputa pelo mercado de transporte de cargas pesadas. As companhias ferroviárias dominavam largamente este setor até 1920, a partir de quando começaram a ter o seu domínio afetado pela atuação dos caminhoneiros. Ameaçadas em seus interesses econômicos, as companhias ferroviárias empreenderam diversas medidas para tentar reverter a situação. Entre elas, o lobby massivo perante o poder público americano para a aprovação de legislação protetiva de seus interesses e o uso de vias publicitárias para passar a mensagem de que o transporte de carga pesada por caminhões era prejudicial ao interesse público, entre outras razões, pelo desgaste que causava às estradas americanas. Um dos efeitos desta campanha foi o veto do Governador da Pennsylvania a uma medida conhecida como *Fair Truck Bill*, que permitiria aos caminhoneiros transportar cargas pesadas nas estradas do estado.

O caso foi levado à Justiça pela associação de caminhoneiros da Pennsylvania e por dezenas de operadores autônomos, em ação contra, entre outros, a associação das companhias ferroviárias do leste americano (*Eastern Railroad Presidents Conference*) e uma empresa de relações públicas. O argumento era o de que as companhias ferroviárias teriam violado o *Sherman Act* ao lançar uma cruzada publicitária contra os caminhoneiros com o intuito de promover a adoção e aplicação de leis destrutivas dos seus

¹⁵⁴ Ver, a propósito, KINTNER, Earl W.; BAUER, Joseph P. Antitrust exemptions for Private Requests for Governmental Action: A Critical Analysis of the Noerr-Pennington Doctrine. 17 *University of California Davis Law Review* 549, p. 561-565, 1983-1984.

negócios, além de criar uma atmosfera contrária aos caminhoneiros na opinião pública e ameaçar as relações existentes entre eles e os seus clientes. A campanha foi descrita pelos autores como “maliciosa, corrupta e fraudulenta”.

A ação obteve sucesso nas instâncias inferiores, mas terminou revertida pela Suprema Corte, que negou a existência de violação das normas antitruste americanas. De início, a Corte esclareceu que não infringe o *Sherman Act* a mera tentativa de influenciar a aprovação ou aplicação de leis.¹⁵⁵ A decisão fundamentou-se na essencialidade da participação democrática e na idéia de que “o próprio conceito da representação depende da habilidade das pessoas de fazer com que os seus desejos sejam conhecidos pelos seus representantes”.¹⁵⁶ Interpretação contrária do *Sherman Act* levaria à sua incompatibilidade com a Primeira Emenda à Constituição americana, mitigando o direito de petição e de manifestação perante o poder público.

Para além do estabelecimento destes princípios gerais (de resto, admitidos também pelas instâncias inferiores), a Corte negou-se mesmo a acatar o argumento de que o claro intuito de causar danos aos concorrentes teria o condão de tornar ilícita a campanha. Neste particular, a observação foi a de que não é incomum nem ilegal que as empresas promovam ações em busca de adquirir vantagem para si e desvantagem para os competidores.¹⁵⁷

De todo modo, a Corte deixou claro, já na decisão deste caso, a existência de uma exceção ao raciocínio da doutrina, no caso de procedimentos fraudulentos (*sham proceedings*). A fraude se dará quando a campanha ou atuação perante o poder público encobrir a única e real intenção de interferir diretamente nos negócios do concorrente, sem que isto se reverta em qualquer benefício autônomo para a empresa atuante. O essencial para a verificação desta fraude não é a demonstração do propósito de prejudicar o concorrente (porque isso também há na lícita atuação política anteriormente referida), mas a *inexistência de qualquer interesse próprio na*

¹⁵⁵ V. também *United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657, 670.

¹⁵⁶ *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight*, 365 U.S. 127, 137-138.

¹⁵⁷ *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight*, 365 U.S. 127, 138.

obtenção do provimento estatal.¹⁵⁸ A exceção é de aplicação bastante restrita e incerta, pela utilização de um critério de difícil demonstração. Ainda assim, no caso *California Motor Transport v. Trucking Unlimited*, ela foi utilizada para fundamentar a ilicitude da conduta de empresa que intervinha seguidamente nos procedimentos de licenciamento dos concorrentes, com argumentos vazios e flagrantemente improcedentes. A Corte concluiu que a empresa em questão não tinha efetivo interesse (ou esperança) em obter vitórias nos procedimentos administrativos que iniciava,¹⁵⁹ fazendo-o apenas para prejudicar e impor custos aos seus concorrentes, postergando a obtenção de seus pleitos apenas para o final de um longo procedimento administrativo.

O raciocínio foi desenvolvido em *Professional Real Estate (PRE) Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.*,¹⁶⁰ caso em que a Suprema Corte instituiu um teste bifásico para determinar se a atuação judicial ou administrativa poderia ser considerada fraudulenta. A primeira fase consiste no exame da razoabilidade dos argumentos promovidos perante o poder público. A Corte deve perguntar se um litigante razoável poderia esperar a obtenção de sucesso no mérito da causa. Caso contrário, passa-se à segunda fase, em que se pretende verificar se a intenção exclusiva do litigante teria sido a de prejudicar o seu concorrente. Nesta hipótese, é aplicável a exceção do “procedimento fraudulento”. A instituição deste teste

¹⁵⁸ Herbert Hovenkamp esclarece com um exemplo: “If I petition the city council for an ordinance approving my waste disposal facility and disapproving yours, and the council passes this ordinance, then you have no antitrust claim against me. On the other hand, if I know that my petition to the government is frivolous, but I file it only because I know that you lack the resources to defend against it, then your harm is not caused by the government’s decision but by my filing itself” (In: Antitrust and the regulatory enterprise. *Columbia Business Law Review*, p. 352, 2004).

¹⁵⁹ Transcreve-se um trecho essencial do julgamento: “One claim, which a court or agency may think baseless, may go unnoticed; but a pattern of baseless, repetitive claims may emerge which leads the factfinder to conclude that the administrative and judicial processes have been abused. That may be a difficult line to discern and draw. But once it is drawn, the case is established that abuse of those processes produced an illegal result, viz., effectively barring respondents from access to the agencies and courts. Insofar as the administrative or judicial processes are involved, actions of that kind cannot acquire immunity by seeking refuge under the umbrella of ‘political expression’” (In: *California Motor Transport v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508, 513).

¹⁶⁰ Cf. *Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures*, 508 U.S. 49. Outras manifestações da Suprema Corte sobre os “sham procedures” podem ser encontradas em *City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising, Inc.*, 499 U.S. 365; e *Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association*, 493 U.S. 411.

torna a aplicação da exceção à doutrina *Noerr-Pennington* mais objetiva, porém ainda mais restrita e de difícil aplicação. Não fosse isso bastante, estudos recentes da *Federal Trade Commission*¹⁶¹ têm revelado uma expansão desmedida na aplicação da doutrina, do que resulta a imunização de condutas sem nenhuma conexão com os valores protegidos pela Primeira Emenda¹⁶² ou com os contornos originais da doutrina.

4.2.2 O caso da União Européia

Na União Européia, o tema da licitude do lobby pela emissão de regulação anticompetitiva ainda não recebeu exame tão direto como o ocorrido nos Estados Unidos, mas o posicionamento que tem sido revelado nas esparsas manifestações das diversas instituições comunitárias é muito semelhante ao americano.¹⁶³

Para começar, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos por força da Primeira Emenda à Constituição, a União Européia certamente protege e incentiva o direito de petição aos órgãos públicos, como maneira de permitir a comunicação tendente a informar as entidades administrativas de desejos, críticas e opiniões dos administrados.¹⁶⁴ Trata-se de princípio geral válido tanto a nível

¹⁶¹ Ver, a propósito, o relatório da equipe do FTC denominado *Enforcement perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine*. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/2006/11/noerr.html>>. Acesso em: 25 dez. 2006. MURIS, Timothy J. Clarifying the State Action and Noerr exemptions. 27 *Harvard Journal of Law and Public Policy*, p. 453, 2003-2004.

¹⁶² Sobre os limites da Primeira Emenda, MCGOWAN, David; LEMLEY, Mark A. Antitrust immunity: state action and federalism, petitioning and the first amendment. 17 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 293, 1994; DAVIS, Daniel J. The Fraud Exception to the Noerr Pennington Doctrine in Judicial and Administrative Proceedings. 69 *University of Chicago Law Review* 325, 2002; e KINTNER, Earl W.; BAUER, Joseph P. Antitrust exemptions for Private Requests for Governmental Action: A Critical Analysis of the Noerr-Pennington Doctrine. 17 *University of California Davis Law Review* 549, 1983-1984.

¹⁶³ Defendendo a elaboração de uma teoria semelhante à *Noerr-Pennington Doctrine* na União Européia, v. COONEY, William. Competition and the Noerr-Pennington Doctrine: when should political activity be barred under European Community competition law?. 34 *George Washington International Law Review* 871, 2002-2003.

¹⁶⁴ A relevância conferida pela União Européia ao direito de acesso dos cidadãos às instituições públicas pode ser aferida não apenas pelas previsões explícitas no Tratado da Comunidade Européia (v., em especial, os arts. 21, 194 e 195) e na Carta de Direitos Fundamentais (v. art. 44), como no esforço de facilitar este contato, através de linhas e endereços eletrônicos dedicados, nos quais se recebem reclamações em quaisquer dos idiomas da União Européia, com a garantia de resposta neste mesmo idioma. A este respeito, ver ainda WAINWRIGHT, Richard; BOUQUET, André. State intervention and action in EC competition law. In: HAWK, Barry (Ed.). *International Antitrust Law & Policy*; Fordham Corporate Law 2003.

comunitário como na maioria dos ordenamentos constitucionais dos Estados-Membros. Este quadro legal tem prevalecido sobre a aplicação dos artigos 81 e 82 do Tratado que estabelece a Comunidade Europeia (doravante, mencionado somente como “Tratado”), dando vazão a manifestações favoráveis a um “amplo direito de petição”, com relevante potencial anticompetitivo.

Assim, no caso *Hilti*, a empresa homônima, acusada de abuso de posição dominante (art. 82 do Tratado), usou como argumento de defesa o fato de que os seus produtos eram *mais seguros* do que os de seus competidores. A defesa foi explicitamente recusada tanto pela Comissão Europeia como pela Corte de Primeira Instância através de uma contra-argumentação bastante curiosa: se a empresa estivesse realmente preocupada com a segurança dos produtos dos competidores, deveria ter tentado convencer as autoridades britânicas a bani-los do mercado, e não ter adotado, por si própria, atitudes anticompetitivas.¹⁶⁵ Estas manifestações foram o primeiro sinal claro de licitude, no Direito Comunitário, do lobby para a promoção de manifestações estatais protetivas de interesses privados e restritivas da concorrência

Ainda mais diretamente, a Comissão consignou em *French West African Shipowners’ Committees* que “o mero esforço para influenciar os órgãos e agentes públicos” não pode ser considerado, em si mesmo, violador das normas concorrenciais comunitárias.¹⁶⁶ No mais, no caso *Reiff*, o fato de a regulação anticompetitiva (fixação de tarifas) impugnada ter resultado de proposta expressa das empresas reguladas não sensibilizou a Corte Europeia de Justiça (CEJ), que a julgou lícita.¹⁶⁷

New York: Juris, 2003. p. 560; VOSSESTEIN, Adrian J. Corporate efforts to influence public authorities, and the EC rules on competition. *Common Market Law Review* 37, n. 6, p. 1390 et seq, 2000.

¹⁶⁵ Case T30/89, *Hilti v. Commission*, [1991] ECR II-1439, para. 116–118.

¹⁶⁶ V. *Commission Decision* of 1 Apr. 1992, OJ 1992 L 134/1: “the fact that an association of undertakings approaches a public authority in the common interest of its members is not in itself an infringement of the competition rules”. Este posicionamento da Comissão foi corroborado dois anos depois, em *Cement* (In: *Commission Decision* of 8 Nov. 1994, O.J. 1994, L 343/1).

¹⁶⁷ Case C-185/91 *Bundesanstalt für den Güterfernverkehr v Gebrüder Reiff GmbH & Co. KG* [1993] ECR I-5801. Semelhantemente, v. Case 267/86 *Pascal Van Eycke v ASPA NV* [1988] ECR 4769.

Todas estas manifestações permitem concluir pela existência de um *princípio geral* de que não há violação concorrencial no mero esforço para influenciar autoridades públicas.¹⁶⁸ Prevalece o entendimento de que esta atuação privada é característica *essencial e positiva* das democracias modernas.¹⁶⁹ Este princípio geral, contudo, recebeu maiores precisões e limitações. Uma delas, em específico, merece ser citada, por assemelhar-se à idéia de *sham proceedings* referida pela Suprema Corte americana. A Comissão observou em *ITT Promedia* que, embora o uso de processos judiciais ou administrativos seja, a princípio, insuscetível de gerar infrações concorrenciais, isso poderá verificar-se quando: (i) a ação em questão for, do ponto de vista objetivo, manifestamente infundada; (ii) e o seu objetivo for o de eliminar a concorrência.¹⁷⁰

¹⁶⁸ A exemplo do que se dá no direito americano, este princípio geral prevalece mesmo quando esta aproximação governamental é claramente parte de um plano para eliminar a concorrência. Ver, a propósito, *Commission Decision* of 21 May 1996, ITT Promedia NV/Belgacom.

¹⁶⁹ Foi neste sentido o parecer do Advogado Geral Tesauro no Caso *Meng*, em que restou afirmado que “l’influsso di soggetti privati sul procedimento di formazione delle norme giuridiche costituisce una costante dei moderni ordinamenti giuridici” (in Case C-2/91 *Wolf W.Meng* [1993] ECR I-5751, para. 28). Concordantemente, v. parecer do Advogado Geral Fennelly no Case C-140 to 142/92 [1995] ECR I-3257, para. 55; WAINWRIGHT, Richard; BOUQUET, André. State intervention and action in EC competition law. In: HAWK, Barry (Ed.). *International Antitrust Law & Policy*; Fordham Corporate Law 2003. New York: Juris, 2003. p. 560; VOSSESTEIN, Adrian J. Corporate efforts to influence public authorities, and the EC rules on competition. *Common Market Law Review* 37, p. 1391, 2000.

¹⁷⁰ Cf. *Commission Decision* of 21 May 1996, ITT Promedia NV/Belgacom. Adrian J. Vossestein critica este teste bifásico: “the cited criteria resemble those used by the U.S. Supreme Court in PRE; neither PRE nor ITT rely on anticompetitive motives alone, rather require that the bringing of the lawsuit was ‘objectively baseless’ or on an objective view manifestly unfounded (...) As regards the anticompetitive motivation, the second prong of ITT requires a plan to eliminate competition or an aim to eliminate competition. In my view, in order to satisfy this prong some aim to ultimately eliminate competition does not suffice. Arguably most, if not all lawsuits between competitors have some purpose to restrict or eliminate competition: either through the resulting judgment, or through the costs of the suit and the delay caused by it. In view of the fundamental nature of the right of access to the courts, the former lawsuits should be legal. In this regard the second prong of PRE seems more convincing, where it holds that instituting an objectively baseless lawsuit is only actionable if it conceals an attempt to interfere directly with the business relations of a competitor through the use of the governmental process, as opposed to the outcome of that process” (In: Corporate efforts to influence public authorities, and the EC rules on competition. *Common Market Law Review* 37, p. 1395, 2000).

4.2.3 O lobby e o direito concorrencial na experiência comparada

Nos Estados Unidos e na União Européia, as exceções à imunidade conferida pelas doutrinas apresentadas acima atingem exclusivamente as atuações empresariais em litígios processuais civis ou administrativos.¹⁷¹ No caso do lobby para emissão de normas gerais, que é o que interessa mais intensamente ao tema desta dissertação, a imunidade ao direito antitruste é absoluta.¹⁷² Escrevendo em 1984 sobre a experiência americana, Milton Handler e Richard De Sevo informavam que, dos cerca de 20 casos que chegaram até a Suprema Corte relacionados com petições ao Poder Legislativo, em nenhum deles o peticionário (autor do lobby) foi condenado.¹⁷³ Com efeito, os critérios estabelecidos em *PRE* (no caso americano) e em *ITT Promedia* (no caso europeu) são dificilmente preenchidos pelas atuações políticas das empresas perante o poder público. Fundamentalmente, prevalece o entendimento de que o direito concorrencial serviria a “corrigir falhas nos mercados econômicos privados, não no mercado político”.¹⁷⁴ O lobby político

¹⁷¹ Para maiores detalhes a propósito dos limites da *Noerr-Pennington Doctrine* no contexto litigioso (ou processual), v. TUCKER, Robert L. Vexatious litigation as unfair competition, and the applicability of the Noerr-Pennington Doctrine. 22 *Ohio Northern University Law Review* 119, 1995-1996; DAVIS, Daniel J. The Fraud Exception to the Noerr Pennington Doctrine in Judicial and Administrative Proceedings. 69 *University of Chicago Law Review* 325, 2002; HANDLER, Milton; DE SEVO, Richard A. The Noerr Doctrine and its Sham Exception, 6 *Cardozo Law Review* 1, 1984-1985. Sobre a possibilidade de uma violação à legislação concorrencial decorrer de uma *série* de atuações processuais infundadas, v. WOFFORD, Russel. Considering the ‘pattern litigation’ exception to the Noerr-Pennington Antitrust Defense, 49 *Wayne Law Review* 95, 2003-2004.

¹⁷² V. Lawrence A. SULLIVAN, Lawrence A. Developments in the Noerr Doctrine. 56 *Antitrust Law Journal* 361, p. 362, 1987. KINTNER, Earl W.; BAUER, Joseph P. Antitrust exemptions for Private Requests for Governmental Action: A Critical Analysis of the Noerr-Pennington Doctrine. 17 *University of California Davis Law Review* 549, p. 557-558, 1983-1984; HOLZER, Audrey G. An analysis for reconciling the antitrust laws with the right to petition: Noerr-Pennington in light of Cantor v Detroit Edison. 27 *Emory Law Journal* 673, p. 691, 1978.

¹⁷³ HANDLER, Milton; DE SEVO, Richard A. The Noerr Doctrine and its Sham Exception, 6 *Cardozo Law Review* 1, p. 18, 1984-1985.

¹⁷⁴ COONEY, William. Competition and the Noerr-Pennington Doctrine: when should political activity be barred under European Community competition law?. 34 *George Washington International Law Review* 871, p. 873, 2002-2003. Alguns autores defendem que a *Noerr Pennington Doctrine* não estabelece nenhuma imunidade ao direito antitruste, apenas uma atividade sobre a qual ele não incide, a atividade política. Neste sentido, v. SULLIVAN, Lawrence A. Developments in the Noerr Doctrine. 56 *Antitrust Law Journal* 361, p. 361, 1987; HANDLER, Milton; DE SEVO, Richard A. The Noerr Doctrine and its Sham Exception, 6 *Cardozo Law Review* 1, p. 19, 1984-1985.

por regulação anticompetitiva é, pois, imune ao direito antitruste destas duas jurisdições.

4.3 A disciplina concorrencial do lobby no Brasil: o estado da arte¹⁷⁵

O cenário jurídico brasileiro referente ao tema da licitude concorrencial do lobby por regulação anticompetitiva é o seguinte. Do ponto de vista constitucional, não é demais repetir que a *livre concorrência* foi alçada a princípio da ordem econômica (art. 170, IV), do que resulta o dever do Estado brasileiro de *promover* a competitividade dos mercados. Nos termos do §4º do art. 174, cumpre-lhe reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Esta disposição foi particularmente regulamentada através da Lei nº 8.884/94. De acordo com o seu art. 20, constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir, entre outros, o efeito de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa. A redação do dispositivo legal é bastante ampla. *Atos sob qualquer forma manifestados* podem constituir infração à ordem econômica. Não se exige culpa, nem a efetiva restrição da concorrência: é suficiente que estes atos *tenham por objeto ou possam produzir este efeito*. Dentro de tão amplo espectro, caberia, ao menos em tese, sancionar o lobby que (i) *vise* à produção de normas que restrinjam a concorrência ou (ii) que *tenha este efeito potencial*, independente das intenções que o motivaram.

¹⁷⁵ Algumas razões levam a crer que o potencial anticompetitivo do lobby empresarial, ressaltado no início deste capítulo, é ainda mais preocupante no contexto brasileiro. Primeiro porque a prevalência de mercados oligopolizados facilita a organização e a atuação política da indústria em prol de regulação que lhe favoreça. Depois porque, em razão da ainda baixa consciência social dos benefícios do processo concorrencial, os custos de informação dos consumidores prejudicados por este lobby e mesmo da conseqüente organização para fazer face à força política dos grandes grupos empresariais são ainda mais elevados. Finalmente, concorre para a formação deste cenário a maior fragilidade democrática de nossas instituições. Tudo isto entendido conjuntamente, tem-se que o *custo da captura*, no Brasil, é ainda menor do que o que ocorre nas jurisdições mencionadas acima — e disto resulta uma maior probabilidade para que ela ocorra. Eis porque entre nós se põe ainda mais intensamente a questão de como controlar esta atividade.

Mas esta previsão precisa ser compatibilizada com outras que, em casos concretos, podem lhe ser contrárias. Para o objetivo particular de compor o cenário jurídico referente ao tema deste capítulo, é importante mencionar a disposição constitucional relativa ao direito de petição ao poder público. Ela consta do rol de direitos fundamentais da Constituição Federal. No art. 5º, inciso XXXV, alínea “a”, assegura-se a todos “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. Os termos da previsão constitucional são restritos: o direito de petição caberia apenas para defesa de direitos ou indicação de ilegalidade ou abuso de poder. A doutrina o tem entendido de uma forma bem mais ampla, contudo.¹⁷⁶ Numa leitura sistemática com outros dispositivos constitucionais (em especial aqueles relativos ao estabelecimento de um regime democrático, à liberdade de expressão e à valorização da cidadania), o direito de petição é compreendido também como um direito político.¹⁷⁷ Assim, Celso Bastos e Ives Gandra Martins atribuem-lhe caráter bifrontal, de um lado valendo à defesa de interesse pessoal, de outro, servindo como instrumento de participação política ativa. Nesta última hipótese, “é exercitável independente da existência de qualquer lesão de interesses próprios”.¹⁷⁸ O direito de petição englobaria, então, a manifestação de liberdade de opinião e

¹⁷⁶ Também a previsão do direito de petição na Constituição Americana é restrita. Nos termos da Primeira Emenda: “Congress shall make no law (...) abridging (...) the right of the people (...) to petition the Government for a redress of grievances”. Também lá, contudo, a compreensão doutrinária e jurisprudencial deste direito é bem mais ampla do que os termos literais da Constituição.

¹⁷⁷ É neste sentido político que se faz referência ao direito de petição em diversos ordenamentos. Já se viu que este direito engloba manifestações lobistas nos Estados Unidos e na União Europeia. Também este é o caso, por exemplo, na França e na Espanha. Em relação ao primeiro destes países, afirma Sonia Dubourg Lavroff que “le droit de pétition serait donc le droit public de faire connaître sa pensée aux autorités constituées; c’est une forme d’expression de la liberté de pensée” (In: *Le droit de pétition en France. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Etranger*, Paris, n. 6, p. 1741, nov./dec. 1992). No que atine ao caso Espanhol, Ignacio Fernandez Sarasola cita decisão do Tribunal Constitucional em que se afirmou “la petición en que consiste el derecho en cuestión tiene un mucho de instrumento para participación ciudadana, aún cuando lo sea por vía de sugerencia, y algo de ejercicio de la libertad de expresión, como posibilidad de opinar” (In: *Comentario a la ley 4/2001, reguladora del derecho de petición. Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, v. 22, n. 65, p. 198, mayo/ago. 2002).

¹⁷⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 166.

de interesses perante o Poder Público,¹⁷⁹ guardaria um caráter eminentemente democrático.¹⁸⁰

É a esta concepção mais ampla, informal e política do direito de petição que se fará referência neste trabalho. Fique bem claro, contudo, que o fundamental não é a *denominação* que se dá a esta prerrogativa de manifestação e pressão política, mas saber que ela existe em nossa ordem constitucional. Até se pode compreender equivocada a interpretação extensiva do direito de petição, para além dos estritos termos constitucionais — e, assim, criticar a idéia de que o lobby é uma forma de exercitar *este direito específico*. Mas não é possível duvidar que, também entre nós, a manifestação de opinião, a condução de informações ou a promoção de pressão política, perante o Poder Público, em defesa de interesses políticos, individuais ou de grupos, recebe ampla proteção jurídica. Não fosse já pela previsão constitucional relativa ao direito de petição, este direito político é mesmo uma decorrência da instituição de um regime democrático e representativo, além de ser uma forma de torná-lo mais forte (v. Constituição Federal, preâmbulo, art. 1º e seu parágrafo único). É igualmente decorrência de uma interpretação substancial da valorização constitucional da cidadania (art. 1º, III) e do pluralismo político (art. 1º, V).

Assim, o regime jurídico do lobby para elaboração de regulação anticompetitiva envolve a ponderação destas previsões normativas conflitantes — de um lado, o dever estatal de proteger a concorrência; de outro, a prerrogativa individual de manifestar, perante o Poder Público, os seus próprios interesses e requerer-lhes a proteção. Qualquer solução que negligencie este aspecto conflituoso da questão será incompleta e insatisfatória. É apenas após isto ter sido claramente assentado que se pode questionar:

¹⁷⁹ Neste sentido, afirma Artur Cortez Bonifácio: “O direito de petição, sob a égide das Constituições anteriores, tinha sua tônica na proteção contra os abusos de autoridades. O manejo do instituto, no espírito da atual Carta Magna — democrática e social — engloba a manifestação da liberdade de opinião, a reivindicação, a ressalva de direitos, enfim, uma ampla possibilidade de integração entre o indivíduo, singular ou coletivamente considerado, e os poderes e/ou os órgãos em que se expressam” (*O direito fundamental de petição*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP, São Paulo. Mimeografado. p. 100).

¹⁸⁰ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 289.

há espaço, em nosso sistema jurídico, para a repressão antitruste do lobby por regulação anticompetitiva? Em caso positivo, quais os critérios que determinariam a sua ilicitude?

4.3.1 O estágio atual da jurisprudência do CADE

Um passo importante para responder a estas questões consiste em examinar a jurisprudência que lhe concerne. No primeiro e principal caso relativo a este tema, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) instaurou Processo Administrativo para investigar supostas condutas anticompetitivas do Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal (SINPETRO/DF) e das redes de postos revendedores de combustíveis Gasol e Igrejinha (referidos no subitem seguinte como “representados”).¹⁸¹

4.3.1.1 O relato do caso SINPETRO-DF

Os representados foram acusados de promover ações para impedir o ingresso do hipermercado Carrefour no segmento de revenda de combustíveis automotivos no Distrito Federal.¹⁸² Esta rede pretendia instalar postos de abastecimento nos estacionamentos de alguns de seus supermercados. As ações dos representados consistiram em esforços conjuntos para pressionar e influenciar os Poderes Executivo e Legislativo do Distrito Federal a atuarem contra a pretensão do Carrefour. Um dos resultados deste empenho foi a elaboração da Lei Complementar 294/00, que veda a edificação de postos de abastecimento de combustíveis nos estacionamentos de supermercados, hipermercados, shopping centers, teatros, cinemas e nas proximidades de escolas e hospitais.

Em defesa, os representados não negaram os atos que lhe foram imputados. Sustentaram que a sua atuação política visava apenas a impedir que o Carrefour viesse a promover “concorrência desleal”. Observaram que, ao contrário deles próprios, o Carrefour

¹⁸¹ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08000.024581/1994-77. Conselheiro Relator: Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Representante: DPDE “ex officio”. Representados: SINPETRO/DF; Rede Gasol (Grupo Cascão); Rede Igrejinha. *DOU*, 09.02.05.

¹⁸² Investigou-se ainda o suposto acordo entre os representados para a não-comercialização de óleo diesel aditivado no Distrito Federal. Esta questão, contudo, não interessa ao objeto desta dissertação.

não teria participado de licitação para adquirir imóveis destinados a postos de abastecimento, mas apenas alteraria o uso de “área imprópria e já de seu domínio, em detrimento da comunidade e do interesse público, comprometendo o plano diretor da Cidade”. Adicionaram que o Carrefour imporia “concorrência predatória”, aplicando preços abaixo dos valores do mercado, por usar de “compensação irregular de impostos” (ICMS), estratégia não extensível aos concorrentes. Argumentaram, finalmente, que a comunidade já estaria “bem servida” de postos de abastecimento nas áreas que seriam instalados os postos do Carrefour.

Em decisão unânime, o CADE decidiu condenar os representados pelas infrações à ordem econômica tipificadas no art. 20, I, II e IV, combinado com o art. 21, II, IV e V, da Lei nº 8.884/94. Quatro fatores parecem ter sido relevantes para esta conclusão. Primeiro, o CADE demonstrou a existência de poder de mercado dos representados, razão pela qual, de acordo com o raciocínio da decisão, “as representadas poderiam, em tese, em virtude de elevada participação de mercado, produzir efeitos anticoncorrenciais”. O sindicato representado, por exemplo, congregava 94,76% dos postos de abastecimento do Distrito Federal, enquanto as demais redes representadas detinham 40% deste mercado relevante.

Em seguida, o CADE demonstrou a concertação entre os representados para a realização do objetivo comum. Apontou, assim, a existência do que denominou um “conluio” entre concorrentes. Neste mesmo sentido, destacou-se a existência de “uma grande união e um eficiente intercâmbio de informações entre os associados do sindicato”.

O terceiro aspecto relevante para a decisão foi o fato de os representados terem, comprovadamente, promovido pressão política para elaboração de legislação restritiva da concorrência.¹⁸³

¹⁸³ Veja-se, a propósito, este trecho da decisão: “O texto acima transcrito também comprova a pressão realizada junto a membros do poder legislativo. Não obstante, cabe destacar, através da colação de diversas outras disposições constantes das atas, a persistência dos concertantes em recorrer aos citados parlamentares no intuito de triunfar na tentativa de barrar a entrada do Carrefour” (in Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08000.024581/1994-77. Conselheiro Relator: Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Representante: DPDE “ex officio”. Representados: SINPETRO/DF; Rede Gasol (Grupo Cascão); Rede Igrejinha. *DOU*, 09.02.05).

Destacou-se insistentemente que: (i) a investigação procedida pela SDE demonstrara que representantes do sindicato tiveram diversas audiências com deputados e com o governador do Estado para impedir a entrada do Carrefour no mercado de combustíveis; (ii) atas de assembléias do sindicato demonstraram a contínua pressão política exercida por esta entidade representativa; (iii) em uma das assembléias, chegou-se a discutir termos de Projeto de Lei que seria levado aos políticos envolvidos.

Finalmente, o quarto fator destacado na decisão foi a “inconsistência” dos argumentos trazidos pelos representados para justificar a sua atuação política. Por exemplo, a investigação da SDE demonstrara que, antes da Lei Complementar 294/00, nenhum impedimento de caráter urbanístico existia à pretensão da rede de supermercados. Portanto, a pretensão era lícita, ao contrário do que argumentavam os representados. Além disso, o CADE apontou que as vantagens tributárias detidas pelo Carrefour poderiam ser eliminadas por meios não prejudiciais à concorrência, como a obrigatoriedade de o supermercado realizar uma nova inscrição de CNPJ para o posto revendedor instalado no seu estacionamento. De acordo com o CADE, a insubsistência das alegações dos representados demonstraria que a sua atuação política visava unicamente à restrição concorrencial e à consagração de seus interesses empresariais.¹⁸⁴

Ressalte-se que não houve nos autos qualquer menção a que o convencimento dos políticos ali mencionados tenha resultado de oferecimento de vantagens ou favores ilícitos. Ao menos, este fator não foi levado em consideração em nenhum momento no julgamento. Em resumo, o CADE condenou os representados pelo fato de promoverem lobby para aprovação de legislação restritiva da concorrência, em proteção aos seus interesses privados.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Apesar de o CADE ter também demonstrado a inconstitucionalidade da lei distrital decorrente da pressão política promovida pelos representados, este fato não foi considerado um argumento para a configuração da ilegalidade da sua conduta. Tratou-se apenas “de cumprimento de um dever do CADE (art. 7º, X, da Lei nº 8.884/94) no sentido de identificar normas que tragam restrições à livre concorrência e solicitar das autoridades competentes as medidas necessárias à higidez concorrencial”.

¹⁸⁵ A mesma postura do CADE foi adotada pela SDE e pela SEAE, em seus pareceres. Ambas as Secretarias recomendaram a imposição de multa aos representados.

4.3.1.2 Reflexões sobre o caso SINPETRO-DF

A postura adotada pelo CADE neste caso é contrária ao entendimento da Suprema Corte americana com a *Noerr-Pennington Doctrine*.¹⁸⁶ Aliás, é curioso que o CADE não tenha feito nenhuma referência à jurisprudência americana, embora a decisão contivesse uma seção sobre a “Jurisprudência Comparada” — em que se citou uma única decisão, de um tribunal da Romênia. Como foi visto no início deste capítulo, a Suprema Corte americana isenta de implicações antitruste o lobby por regulação, considerando natural e mesmo sadio que, dentro de um ambiente democrático, as empresas levem aos agentes públicos as suas manifestações, tentando influenciá-los a agir em seu favor. A Suprema Corte americana chega a afirmar que a eventual “intenção de prejudicar” do concorrente peticionante é irrelevante — tese com a qual o CADE não parece concordar.

No caso *SINPETRO*, o CADE ignorou a questão da legitimidade das pressões políticas perante o legislador, ainda que para afirmar que esta legitimidade possui limites e que tais limites teriam sido ultrapassados. Não houve qualquer espécie de ponderação entre o direito político de influenciar os governantes e a política concorrencial. Em nenhum momento se tentou conciliar estes interesses. Ainda mais surpreendentemente, o argumento da legitimidade da atuação política para defesa de interesses privados não foi nem mesmo levantado pelas empresas representadas, que preferiram justificar o seu lobby em “razões de interesse público”.

Esta questão merecia ter sido enfrentada, para que o CADE pudesse cuidar de toda a complexidade envolvida na questão da licitude concorrencial da atuação política da indústria regulada. Como resultado desta omissão, não é possível afirmar que está claramente fixado um entendimento jurisprudencial consistente, utilizável como guia para decisões posteriores e como diretriz para as condutas empresariais correspondentes.

¹⁸⁶ Em sentido contrário, Sandra Terepint entende que a atuação dos representados no Caso SINPETRO poderia ser caracterizada como *sham litigation*, pelo que, também nos Estados Unidos, ela seria condenada (v. o seu “Sham litigation – uma exceção à doutrina Noerr-Pennington e a experiência recente vivida pelo CADE”, *ainda inédito, original gentilmente cedido pela autora*). Ao autor desta dissertação, pelas razões já expostas acima, não parece que a *sham litigation* seja aplicável fora do âmbito de processos judiciais ou administrativos (em que há, de fato, a *litigation*).

Em primeiro lugar, tendo em vista a alusão na decisão a vários fatores diferentes, como o poder de mercado, a concertação dos representados, a pressão perante o Poder Público para a restrição concorrencial e a ausência de interesses públicos na legislação pretendida, não fica claro qual ou quais destes aspectos são de fato essenciais para a caracterização da ilicitude concorrencial das pressões exercidas pelas empresas perante o Poder Público. Tome-se, de logo, o poder de mercado. É ele de fato essencial para caracterizar a ilicitude concorrencial de uma atividade lobista? Sem poder de mercado, não seria possível cometer este ilícito?

Já no que concerne à concertação para o lobby, é ela essencial para a caracterização da ilicitude ou a influência política exercida individualmente por um empresário para afastar a pressão concorrencial também é condenável?

Mais. Em certo trecho do voto condutor da unanimidade, chega-se a afirmar que “o Sindicato e os postos sindicalizados jamais poderiam exercer a pressão que efetivaram junto a autoridades públicas, para limitarem a concorrência”.¹⁸⁷ Poderia esta afirmação ser entendida assim peremptoriamente? Todo o lobby para limitação concorrencial é ilícito?

O fato de que o CADE passou ao exame das razões de interesse público levantadas pelos representados talvez demonstre que, ao contrário da afirmação peremptória anterior, o CADE entenderia que, em alguns casos, o lobby pela limitação concorrencial poderia ser aceitável. Ainda aqui, no entanto, o entendimento não é completamente evidente. O exame da consistência destas razões significaria que o lobby para restrição concorrencial só é legítimo quando veicule interesses públicos? Não haveria igualmente interesses exclusivamente privados que legitimassem a atuação política? Como este entendimento se compatibiliza com a existência de um direito democrático de levar ao Poder Público os interesses próprios do peticionante?

¹⁸⁷ Cf. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08000.024581/1994-77. Conselheiro Relator: Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. *DOU*, 09.02.05, p. 16 do voto do Relator.

Tampouco está claro sob qual critério as alegações dos representados foram descartadas. As razões de interesse público sustentadas pelos representados foram consideradas simplesmente *improcedentes*, consistiram em alegações *implausíveis*, ou teriam sido *fraudes* para encobrir as reais e exclusivas intenções de restrição concorrencial e vantagens empresárias? Na realidade, o importante aqui é questionar qual destes critérios levaria (seria essencial) à ilicitude concorrencial do lobby. O lobby que veicule interesses públicos *improcedentes* e resultar em restrição concorrencial é, só por isso, ilícito? Ou é necessário que as razões argüidas sejam *fraudulentas* ou claramente *implausíveis*? Não há respostas diretas para estas questões na decisão do CADE.

4.3.1.3 Outras manifestações do CADE sobre este tema

O tema da influência política das empresas reguladas e os seus efeitos anticompetitivos voltou a ser discutido pelo CADE em algumas oportunidades após o caso *SINPETRO*. Duas delas merecem menção neste espaço, apesar de terem se tratado de meras averiguações preliminares e de cuidarem mais intimamente de questões relacionadas à existência de uma litigância fraudulenta (*sham litigation*) com fins anticompetitivos.¹⁸⁸

No caso *Valadareense*, o CADE entendeu por bem instaurar processo administrativo já que, nos termos do voto do Conselheiro Relator Luis Fernando Schuartz, haveria indícios de que a representada teria exercido influência perante o Poder Público, no sentido de restringir a concorrência na prestação de serviços de transporte coletivo.¹⁸⁹ No seu voto-vista, o Conselheiro Paulo Furquim compartilhou da preocupação de seu colega, destacando a possível “ingerência indevida [da representada] junto ao poder público,

¹⁸⁸ Sobre este mesmo tema da litigância fraudulenta, ver também a Averiguação Preliminar nº 08012.005335/2002-67. Conselheiro Relator: Luis Fernando Schuartz. *DOU*, 02.05.07; e o artigo de TEREPIINS, Sandra. Sham litigation: uma exceção à doutrina Noerr-Pennington e a experiência recente vivida pelo CADE. *Revista do Ibrac*, v. 15, n. 1, p. 63-97, 2008.

¹⁸⁹ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Averiguação Preliminar nº 08012.005610/2000-81. Conselheiro Relator: Luis Fernando Schuartz. Representante: Viação Oliveira Torres. Representada: Empresa Valadareense de Transporte Coletivo Ltda. *DOU*, 18.09.06.

com o objetivo de criar obstáculos à concorrência”.¹⁹⁰ Como se vê, a influência privada para produção de manifestações estatais anticompetitivas é vista de forma negativa, ao contrário do que se passa na jurisprudência da Suprema Corte americana. Do mesmo modo, a “intenção de restringir a concorrência” no lobby ganha entre nós uma relevância sem paralelo no direito americano.

Mais recentemente, em julgamento de setembro de 2007, o assunto voltou à tona. Em representação proposta pelo *Grupo Moura*,¹⁹¹ alegava-se um suposto abuso de direito de petição: os representados estariam valendo-se de processos administrativos perante a Anatel para prejudicar o representante. Aproveitando a discussão sobre o direito de petição, contudo, o Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva pediu vista e teceu algumas considerações que merecem ser mencionadas. Referindo-se explícita e longamente à *Noerr-Pennington Doctrine*, Cueva termina por perguntar: “Há limites para o direito de petição? Em que circunstâncias pode a atividade de peticionar aos diferentes entes do Estado constituir infração à ordem econômica?”. A sua resposta foi a de que, ao menos na “arena política”, o direito de petição merece “ampla proteção”. Em termos ainda mais contundentes, sustentou que “o conteúdo do que os representados informam aos representantes não é passível de controle quanto a possíveis efeitos anticompetitivos”.¹⁹² Até este trecho, o entendimento do Conselheiro Cueva

¹⁹⁰ Apesar de reconhecer o direito de petição das empresas representadas, o Conselheiro Paulo Furquim assevera que “seu uso indiscriminado e com fundamentos inconsistentes, como transparece em algumas passagens dos autos, pode configurar abuso de direito e infração à ordem econômica, se restar configurado ser seu propósito primeiro obstruir a concorrência” (In: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Averiguação Preliminar nº 08012.005610/2000-81. Conselheiro Relator: Luis Fernando Schuartz. Representante: Viação Oliveira Torres. Representada: Empresa Valadarense de Transporte Coletivo Ltda. *DOU*, 18 set. 2006).

¹⁹¹ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Averiguação Preliminar nº 08012.006076/2003-72. Conselheiro Relator: Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Representante: Grupo Moura. Representada: Optus Indústria e Comércio Ltda. et alli. *DOU*, 18.09.06.

¹⁹² Vale a pena transcrever o seguinte trecho do voto-vista do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva: “Se é lícito prosseguir nesse exercício, o primeiro parâmetro interpretativo a ser afirmado diz respeito à ampla proteção do direito de petição quando exercido na arena política. Assim, a atividade de informar o Estado e postular a defesa de direitos ou a correção de ilegalidades ou abuso de poder, tem clara dimensão político-fiscalizatória, que pode se manifestar perante quaisquer dos poderes do Estado. Mas numa democracia representativa a comunicação entre representados e representantes é essencial para a formação da vontade

parece em clara colisão com o posicionamento anterior do CADE, no caso *SINPETRO-DF*.

Em passagem posterior do seu voto-vista, contudo, o entendimento do Conselheiro torna-se ambíguo. Ele afirma que a possibilidade do CADE identificar o abuso do direito de petição é bastante limitada, mas que, seguindo a jurisprudência americana, “alguns dos critérios a serem levados em conta são a plausibilidade do direito invocado, a veracidade das informações, a adequação e a razoabilidade dos meios utilizados e a probabilidade de sucesso da postulação”. Tendo em vista as suas colocações anteriores, não fica claro se, em sua opinião, estes critérios também devem ser ponderados a propósito do lobby legislativo ou devem reservar-se à atuação anticompetitiva nos procedimentos judiciais e administrativos (*sham litigation*). Na primeira hipótese, haveria uma conciliação com o posicionamento anterior do CADE, já que, no caso *SINPETRO*, seria possível entender que houve um abuso do direito de petição em função da implausibilidade do direito invocado ou da inveracidade das informações passadas no lobby.

4.3.1.4 Conclusões sobre o estágio atual da jurisprudência do CADE

O fato é que o posicionamento do CADE ainda não é completamente claro. Não foram enfrentadas questões essenciais que lhe permitiriam firmar a sua posição, com os conseqüentes benefícios de estabelecimento de jurisprudência e orientação da atividade empresarial. Apesar disso, já é possível identificar no Conselho uma posição muito menos liberal do que a americana. Ao contrário da Suprema Corte dos Estados Unidos, o CADE parece disposto a controlar a atividade política da indústria regulada, punindo a restrição concorrencial pela via de pressão por regulação. Embora positiva do ponto de vista da proteção da competitividade dos mercados,

política que se traduz na legislação aprovada pelo Parlamento. Por isso, o conteúdo do que os representados informam aos representantes não é passível de controle quanto a possíveis efeitos anticompetitivos. Isso não se aplica, obviamente, às petições dirigidas ao Executivo ou aos litígios judiciais, sujeitos a regras próprias” (in Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Averiguação Preliminar nº 08012.006076/2003-72. Conselheiro Relator: Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Representante: Grupo Moura. Representada: Optus Indústria e Comércio Ltda. et alli. *DOU*, 17.09.07).

esta opção envolve dificuldades que não podem ser negligenciadas. Fundamentalmente, é preciso apontar com clareza como ela se compatibiliza com a prerrogativa constitucional de manifestação democrática de interesses perante o Poder Público.

4.4 A disciplina concorrencial do lobby no Brasil: uma proposta

Defende-se neste trabalho uma revisão da tendência jurisprudencial do CADE, relatada acima. Reputa-se que o lobby por regulação não pode ser reprimido com base no direito antitruste. Sustenta-se que o lobby, em si, jamais constituirá infração à concorrência. A consequência desta tese é a proposta de imunização antitruste da atividade lobista.

Para chegar a esta conclusão, entretanto, não é suficiente aludir à essencialidade democrática da manifestação política, perante o Poder Público, de interesses privados. Este é o argumento principal da Suprema Corte americana: a participação política dos cidadãos, levando ao Poder Público as suas opiniões sobre aquilo que melhor serviria aos seus interesses é uma característica essencial dos regimes democráticos, devendo, por isto mesmo, ser encorajada abertamente. Ora, a liberdade de expressão também é uma prerrogativa individual que toca a essência dos regimes democráticos. Também ela deve ser, portanto, encorajada abertamente. Mas é evidente que disso não decorre que qualquer conduta promovida no exercício da liberdade de expressão esteja imune ao direito antitruste. Comunicações entre concorrentes para fixar preços, embora constituam exercício da liberdade de expressão, são ilícitos concorrenciais.¹⁹³

Isso significa que, ao menos em tese, é admissível que determinadas manifestações políticas dêem ensejo à responsabilização de quem as promoveu. Dito de outro modo, a essencialidade da participação política não é suficiente para dar por resolvida a questão objeto deste capítulo.

¹⁹³ Cf. KINTNER, Earl W.; BAUER, Joseph P. Antitrust exemptions for Private Requests for Governmental Action: A Critical Analysis of the Noerr-Pennington Doctrine. 17 *University of California Davis Law Review* 549, p. 551, 1983-1984.

Mas, se a essencialidade democrática do lobby não é determinante, ela é extremamente importante. Concretamente, ela implica que restrições ao lobby devem estar cuidadosamente delimitadas, fundamentadas e justificadas. Não se podem admitir facilmente restrições ao direito de manifestação política. É precisamente aqui que a tese da repressão antitruste ao lobby por regulação anticompetitiva encontra problemas insuperáveis.

São três as suas principais dificuldades. Para começar, não há critérios teóricos adequados e juridicamente viáveis para fundamentar a ilicitude concorrencial do lobby por regulação anticompetitiva (item 3.4.2.1). Além disso, a repressão ao lobby implicaria limitação à liberdade de manifestação política para impedir ações que causariam danos *indiretos* e *incertos* (item 3.4.2.2). Finalmente, os eventuais efeitos maléficos do lobby para a concorrência podem ser mitigados por outras vias menos problemáticas e menos restritivas de direitos (item 3.4.2.3).

4.4.1 A ausência de um adequado critério teórico da ilicitude

O primeiro — e talvez mais importante — problema da repressão antitruste ao lobby por regulação anticompetitiva é a ausência de um critério adequado e juridicamente viável que a fundamente.

De logo, não é minimamente razoável adotar os termos literais do art. 20 da Lei nº 8.884/94 e sustentar que *toda atividade lobista* que tenha como finalidade ou como efeito a restrição concorrencial é, só por isso, um ilícito concorrencial. Tão largo entendimento corresponderia a uma visão incompleta do problema, em que o direito constitucional de manifestação de interesses ao Poder Público é completamente negligenciado.

Quando menos, seria necessário admitir que, na hipótese em que o lobby vise à restrição proporcional da concorrência para a realização de outro interesse público relevante, não se cogitaria de repressão antitruste. Seria mesmo um contra-senso admitir que a lei possa promover restrições concorrenciais para a proteção de outros interesses sociais, mas negar que os cidadãos pudessem pleitear

tais medidas ou mesmo pressionar o Poder Público a adotá-las. Ao menos esta hipótese extrema está, então, imune às sanções do direito antitruste.

As dificuldades surgem quando se pretende deixar de aplicar esta imunidade para os casos em que nem todos os elementos da hipótese extrema acima estejam presentes. Primeiro, imagine-se que *a proteção de outros relevantes interesses públicos* fosse apontada como o critério essencial para a imunização. Isso implicaria o entendimento de que, ausente o interesse público, o lobby pela restrição concorrencial seria ilícito. Dito de outro modo, se há intenção ou efeito anticompetitivo, o lobby só estaria livre de sanções quando fundado em um interesse público relevante.

Salta aos olhos o alto grau de intervenção nas liberdades individuais de que esta concepção seria tributária. É irreal e totalitário exigir que as liberdades privadas sejam sempre exercidas em função do “interesse público”. A solução não é apenas inconveniente ou politicamente inadequada, ela é também antijurídica. Ela não se compatibiliza com o nosso direito, que protege igualmente inúmeros interesses “privados”, nem com o direito de manifestação pública para expressão de *suas próprias vontades* e de *seus próprios interesses*. Daí porque a exigência de que o lobby ao Poder Público veicule apenas interesses públicos importa uma violação profunda ao direito fundamental de petição, entendido como liberdade política individual.

Esta é a dificuldade essencial, que impede a adoção deste critério. Mas há outras que servem a demonstrar a sua inadequação. Por exemplo, como identificar com precisão o que é e o que não é um “interesse público”? Já se afirmou no capítulo anterior que o problema da imprecisão desta fórmula tem sido insistentemente pontuado pela doutrina publicista mais moderna.¹⁹⁴ A consequência de atribuir-lhe efeitos jurídicos é a insegurança. Daí a dificuldade

¹⁹⁴ V., por exemplo, BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 239. p. 1-31. jan./mar. 2005; ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, São Paulo, v. 24, p.159-180, 1999; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

de estribar a licitude do lobby neste critério. Como classificar, por exemplo, o lobby do detentor de patente que requer maiores proteções legislativas para explorar monopolisticamente o seu invento? Trata-se de interesse privado ou de interesse público? Há ou não há, aqui, a imunidade antitruste? Dê-se outro exemplo. Figure-se a situação do lobista que levasse ao Poder Público a necessidade de limitar a concorrência em determinado setor para garantir-lhe a lucratividade mínima que justifique a sua prestação e impeça a sua descontinuidade. É o exemplo que já se deu no capítulo segundo sobre o transporte para uma zona praiana. Trata-se aqui de um interesse imediatamente privado — a manutenção da lucratividade do negócio —, ainda que de sua satisfação dependa a realização do interesse público de continuidade deste serviço. Como classificá-lo?¹⁹⁵

Até se poderia fazer menção, aqui, à existência de “interesses privados legítimos”, protegidos pela imunidade, em contraposição aos “interesses privados ilegítimos”, cuja veiculação em lobby autorizaria a repressão antitruste. Então o critério da licitude teria passado para a “legitimidade do interesse” — e o problema passaria a ser o que se deve entender por esta legitimidade. Não parece satisfatório estribar esta “legitimidade” na licitude do que se requer no lobby, por exemplo, pois isto implicaria um evidente círculo vicioso. No mais, haveria mesmo uma dificuldade conceitual em sugerir a ilicitude dos lobbies em razão da eventual ilicitude do conteúdo da proposta

¹⁹⁵ Esta concepção produziria ainda problemas referentes às eventuais matérias de defesa do lobista. Em especial, seria necessário esclarecer o critério sob o qual a argumentação do lobista acusado deveria ser avaliada. Em SINPETRO-DF, os representados argumentaram que a restrição concorrencial por eles requerida visava à realização de finalidades públicas, como o respeito ao plano diretor da cidade. Também observavam que, ao contrário deles próprios, o Carrefour não teria participado de licitação para adquirir imóveis destinados a postos de abastecimento. Estas argumentações foram descartadas pelo CADE. Entretanto, como já se afirmou acima, não ficou claro o critério deste afastamento. Foram elas consideradas, *improcedentes*, ou consistiram em alegações *implausíveis*, ou mesmo *fraudes* para encobrir as reais e exclusivas intenções de restrição concorrencial e vantagens empresárias? A pergunta fundamental é: bastaria que as razões alegadas pelo lobista, em sua defesa, fossem improcedentes, para que se pudesse reprimi-lo? Ou seria necessário algo mais grave, como a implausibilidade das razões? Perceba-se que quanto maior for o rigor nesta resposta, maior é também a restrição ao direito fundamental de petição do cidadão. Por outro lado, quanto mais lasso for o critério, menor é a probabilidade concreta de algum processo contra uma empresa lobista vir a resultar em condenação, hipótese em que o dispêndio de recursos públicos nestes processos seria injustificável.

levada ao Poder Público. Afinal, qualquer lobby para reformas legislativas seria tido por ilícito, já que veiculam proposições que não se coadunam com o estágio atual da legislação.

Finalmente, poderia cogitar-se da *proporcionalidade da restrição pleiteada* como critério para a licitude do lobby por regulação anticompetitiva. Também aqui parece haver uma limitação excessiva do direito de petição. Passa então a ser dever do cidadão ou da empresa lobista avaliar a proporcionalidade das medidas pleiteadas. Passa a ser o seu dever examinar a adequação da medida para o fim almejado, a desnecessidade da restrição pleiteada em face de medidas alternativas menos lesivas e, finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito da medida. Esta exigência é despropositada, por provocar um excessivo desincentivo à manifestação de vontades perante o poder público. Cabe ao cidadão exprimir os seus interesses e cabe ao Poder Público examinar-lhes o cabimento, ponderá-los com interesses conflitantes e decidir como compô-los.

À ausência de um critério teórico adequado e juridicamente viável, a repressão ao lobby por regulação anticompetitiva terminaria por limitar excessiva e injustificadamente a manifestação de interesses políticos. Geram-se, assim, importantes desincentivos ao seu exercício, com prejuízo para as empresas reguladas, mas também para o próprio regime democrático.

4.4.2 O caráter indireto e incerto da restrição concorrencial resultante do lobby

A segunda grande dificuldade que a tese da repressão ao lobby por regulação anticompetitiva enfrenta é o fato de que a restrição à concorrência dele resultante seria sempre *indireta e incerta*. Ora, não é nada fácil justificar a limitação ao direito fundamental de manifestação de interesses políticos para evitar danos com estas características.

A natureza *indireta* das eventuais restrições concorrenciais resultantes do lobby por regulação anticompetitiva é incontestável. Note-se que a vontade do lobista será levada ao Poder Público, mas ali será filtrada por um processo institucional tendente à

consagração do interesse público. Ou seja, o eventual resultado anticompetitivo não é produzido *diretamente* pelo autor do lobby. A sua proposta será transformada em regulação (e causará algum dano concorrencial) *apenas se* passar por este teste institucional. E se eventualmente alguma proposta “contrária ao interesse público” por ele passar, haveria aí uma falha atribuível à instituição que procedeu ao filtro, e não àquele que apresentou a proposta. Daí ser possível afirmar que a atuação política perante o regulador é a forma *lícita* de buscar restrições à concorrência. Isto porque ela não importa a *imposição* da vontade do grupo lobista sobre as demais vontades (como é o caso das restrições diretamente empresariais, respaldadas no poder de mercado), mas a mera manifestação política dos interesses deste grupo.

Do mesmo modo, é *incerta* a potencialidade lesiva do lobby. A Lei nº 8.884/94 prescreve que, para a caracterização da ilicitude concorrencial, é irrelevante o fato de a conduta em exame produzir, de fato, efeitos anticoncorreciais. É suficiente, nos termos do seu art. 20, que se demonstre a *potencialidade* para produzir este efeito anticompetitivo. Nas análises padrão do CADE, sobre as condutas de mercado, o exame do poder de mercado cumpre o papel de demonstrar a *potencialidade* do efeito anticompetitivo das condutas em questão.¹⁹⁶ Afinal, o poder de mercado consiste precisamente na possibilidade de impor sua vontade aos concorrentes,¹⁹⁷ ou de agir sem se importar com as suas reações.¹⁹⁸ Daí a necessidade de demonstrá-lo nos casos relativos ao direito da concorrência. Sendo ele ausente, não há riscos de infração à ordem

¹⁹⁶ Eis um trecho do voto do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, no caso SINPETRO: “Ressalvo, no entanto, que a análise da efetiva existência de posição dominante dá-se apenas para averiguar se as representadas poderiam, em tese, em virtude de elevada participação de mercado, produzir efeitos anticoncorreciais. Isto porque empresas com pequena participação não tiveram o condão de, com sua conduta, influenciar o mercado como um todo”.

¹⁹⁷ FARJAT, Gerard. *Droit économique*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1982. p. 169.

¹⁹⁸ Aldo Frignani e Michel Waelbroeck anotam que: “Se un’impresa è capace di esercitare sul mercato un’influenza preponderante, ciò significa che essa può agire senza dover tener conto delle reazioni dei concorrenti, mentre questi ultimi devono tener conto delle sue; essa è dunque sottratta ad una concorrenza effettiva. Nelle due ipotesi, fattore decisivo è l’assenza di pressione concorrenziale, e conseguentemente la concorrenza non gioca il suo ruolo di regolatrice del mercato” (*Disciplina della concorrenza nella CEE*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1983. p. 100).

econômica e, pelo menos *a priori*, não há preocupação do ponto de vista da política antitruste.¹⁹⁹

Sucedo que, quando se trata de restrição obtida através de pressão ou influência política, a verificação do poder de mercado tem pouco interesse. É que o fundamental para que esta empreitada logre êxito não é exatamente o poder de mercado, mas a *influência política* ou o *poder político*. Ainda que ambos — poder de mercado e poder político — andem freqüentemente juntos, isso não é de todo necessário. Basta imaginar a situação do empresário que, por parentesco ou amizade íntima com algum político influente, deseje ingressar num segmento da economia, contando, para tanto, com medidas regulatórias que lhe favoreçam. O exemplo é crível sobretudo nos pequenos municípios, onde a probabilidade de captura é mais elevada. Nestes casos é o poder político, mais do que o poder de mercado, que é relevante para determinar o sucesso do projeto anticompetitivo.

A dificuldade aqui reside na inexistência de mecanismos hábeis a medir este poder político. Se para o poder de mercado, o analista pode valer-se de critérios como *market share* ou existência de barreiras à entrada, a avaliação do poder político envolveria testes muito mais subjetivos — e, por isso mesmo, bem menos confiáveis. Disto resultam dois problemas diferentes. De um lado, é complicado para a autoridade antitruste sustentar a preocupação concorrencial (e as despesas públicas daí decorrentes) com atos cuja potencialidade lesiva não possa ser objetivamente demonstrada.²⁰⁰ De outro, há uma considerável redução da matéria de defesa, quando não pode o acusado demonstrar que o seu ato jamais viria a produzir qualquer infração à ordem econômica. Note-se que tal possibilidade é franqueada à empresa acusada de atos *diretamente* anticompetitivos. É um paradoxo que ela não esteja disponível a quem se acusa de buscar estes efeitos *indiretamente*, através de uma ação estatal.

¹⁹⁹ Em termos muito simples, num mercado concentrado, a empresa dominante possui aptidão econômica para afetar o mercado e os consumidores. Contrariamente, num mercado competitivo, ao aumento de preço ou redução da produção, por exemplo, segue-se a perda de mercado. Daí a importância da análise do poder de mercado.

²⁰⁰ A atenção indiscriminada a qualquer pressão política da indústria acabaria consagrando, sem esta intenção, uma hipótese de ilicitude per se, independente de seu potencial lesivo.

Uma solução seria voltar a preocupação concorrencial apenas àquelas condutas que de fato resultarem na aprovação de regulação anticompetitiva (a repressão seria, no caso, retrospectiva). Mas aqui também há problemas. Raras vezes será possível demonstrar que a aprovação de uma regulação deve ser imputada exclusivamente à satisfação dos interesses anticompetitivos da empresa acusada. A uma porque a regulação ao final aprovada nem sempre será exatamente aquilo que propôs esta empresa. A duas porque o regulador sofre influxos e pressões de numerosas outras fontes que poderiam igualmente ter desempenhado um importante papel na formação do seu convencimento. A três porque não há como saber se a opção do regulador se deu em benefício do interesse privado ou de inúmeras razões de interesse público que lhe são coincidentes.²⁰¹ De modo que a efetiva aprovação de regulação anticompetitiva não é garantia de que o lobby em análise possuía potencial efeito competitivo. E, assim, segue o risco de se punirem ações com potencial lesivo irrisório — e segue o problema de limitação injustificada do direito fundamental de manifestação de interesses políticos.

4.4.3 As alternativas ao controle direto do lobby

A terceira grande dificuldade que a tese da possibilidade de repressão direta ao lobby por regulação anticompetitiva enfrenta é a existência de alternativas menos lesivas para a consecução da mesma finalidade, a proteção concorrencial. Ora, se há outras

²⁰¹ Também por esta razão, não se cogita de ilicitude da regulação em função de ter ela derivado de proposta da indústria regulada. Veja-se, a propósito, o seguinte trecho do parecer do Advogado Geral Tesouro no Caso *Meng*, na União Européia: “Certo, una soluzione che sia basata esclusivamente sulla sussistenza di un collegamento tra la normativa statale e comportamenti anticoncorrenziali di soggetti privati può apparire non soddisfacente, non essendo escluso che in alcune ipotesi la presenza o meno di un accordo tra le imprese si risolva in un dato di rilievo solo formale. Ciò è suscettibile di verificarsi (e a ben vedere è l’unica ipotesi) nei casi in cui una misura statale abbia alterato la concorrenza sul mercato in maniera sostanzialmente corrispondente alle indicazioni degli operatori economici interessati. In proposito, non posso fare a meno di osservare, da un lato, che l’influsso di soggetti privati sul procedimento di formazione delle norme giuridiche costituisce una costante dei moderni ordinamenti giuridici; dall’altro, che non è affatto agevole accertare se le misure statali di cui trattasi corrispondano effettivamente (e fino a che punto) ad orientamenti dei soggetti privati, che, peraltro, ben possono coincidere con l’interesse pubblico perseguito dal legislatore” (In: Case C-2/91 *Wolf W.Meng* [1993] ECR I-5751, para. 28).

formas de evitar que a concorrência seja limitada pelo lobby, não se justificam as constrições diretas às liberdades de manifestação política.²⁰²

A primeira e mais importante destas alternativas é o controle da validade jurídica da regulação anticoncorrencial que eventualmente resultar deste lobby. Em relação ao controle jurídico do próprio lobby, esta alternativa possui algumas vantagens. A mais importante delas é que não implica qualquer restrição ao direito fundamental de petição ao poder público. Assim, são afastados os problemas de insegurança jurídica e de excessiva violação às liberdades privadas, apontados acima. Outra vantagem importante é a de que o controle *a posteriori* permite que os escassos recursos da sociedade sejam despendidos apenas nos casos mais importantes, aqueles em que há efetivamente alguma medida restringindo *ilicitamente* a concorrência.²⁰³ Evitam-se, com isto, as despesas públicas com casos que terminariam por não resultar em regulação alguma, bem como a eventual penalização de condutas sem qualquer potencial lesivo.

Entretanto, ainda comparativamente ao controle jurídico do próprio lobby, seria possível apontar-lhe as seguintes desvantagens: (i) o controle de validade jurídica da regulação é normalmente repressivo (*a posteriori*), razão pela qual produziria resultados apenas após já produzidos efeitos anticoncorrenciais e lesões a competidores ou consumidores; (ii) o controle de validade jurídica não envolveria mecanismos de sanção aos lobistas, o que seria desejável para desincentivá-los na repetição de seus atos. Nenhuma destas duas razões é suficientemente forte para afastar a extrema utilidade desta via alternativa.

Quanto à primeira razão, é preciso notar que a ação judicial proposta para controlar a validade jurídica da regulação pode ser acompanhada de pleito cautelar, cujo deferimento produziria a

²⁰² É evidente que o argumento remete à idéia de que a solução de repressão direta ao lobby por regulação anticompetitiva seria desproporcional por desnecessidade. Ver, a propósito, o item 3.3.2.3.3.2. acima.

²⁰³ Note-se que não se defende aqui a tese de que a regulação seria ilícita apenas porque resultado de lobby da indústria regulada. Para os critérios de inconstitucionalidade das medidas regulatórias veiculadas em lei, veja-se o capítulo terceiro desta dissertação.

sustação imediata dos efeitos da regulação impugnada.²⁰⁴ Sendo as ações cabíveis propostas logo após a entrada em vigor da regulação em questão, o risco de produção de efeitos anticompetitivos reduz-se significativamente.²⁰⁵

Quanto à segunda suposta desvantagem, não se deve esquecer que a eventual declaração de inconstitucionalidade da regulação resultante do lobby empresarial produz, sim, desincentivos à repetição dos *lobbies* dirigidos à restrição concorrencial. Ante a crescente probabilidade de que os resultados dos seus esforços venham a ser desconstituídos judicialmente, é evidente que o empresário ver-se-á compelido a reduzir os gastos com esta atividade. Dito de outro modo, não é racional despendar valores relevantes em empreitadas lobistas fadadas ao insucesso.

Ademais desta medida “jurídica” (ou “processual”), seria possível cogitar de alternativas *institucionais* para mitigar o efeito anticompetitivo do lobby privado. Trata-se, neste caso, de investir em soluções que reduzem o risco da captura do regulador e possibilitam também a manifestação de interesses mais difusos ou menos informados na arena política.

Uma delas seria a regulamentação desta atividade. Nos Estados Unidos, a regulamentação já é realidade. A primeira legislação específica em nível federal foi o *Federal Regulation of Lobbying Act*, de 1946.²⁰⁶ No Brasil, em contrapartida, ela segue sendo exercida à margem de qualquer normatização específica.²⁰⁷ A começar pela iniciativa do então senador Marco Maciel em 1983, alguns projetos de lei buscaram alterar este panorama. Os projetos incluem a obrigação de registro, perante o Senado e a Câmara dos

²⁰⁴ O pleito cautelar é permitido até mesmo nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade — cabíveis para anulações judiciais de regulações anticompetitivas veiculadas em lei. V., a propósito, o art. 102, I, “p”, da Constituição Federal; e arts. 10-12 da Lei nº 9.868/99.

²⁰⁵ Não se ignore, ademais, que o controle direto, pelo CADE, do lobby privado, não necessariamente será concomitante à ação lobista, nem implicará a “prevenção” de seus efeitos. No caso SINPETRO/DF, por exemplo, a lei que supostamente teria derivado do lobby dos representados já havia sido aprovada e estava em vigor.

²⁰⁶ Para maiores detalhes, v. OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. *Lobby e Representação de Interesses*: lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2004. Mimeografado.

²⁰⁷ Na União Européia, o lobby também não é regulamentado, embora haja forte discussão a este respeito.

Deputados, daquelas pessoas que exerçam “atividades tendentes a influenciar o processo legislativo”. Prevêem, ainda, a obrigação de que os lobistas informem detalhadamente as despesas com esta atividade e as sanções relativas ao descumprimento da lei. O mais recente Projeto (nº 1202/2007) é de autoria do Deputado Federal Carlos Zarattini (PT-SP).

A regulamentação do lobby privado produziria dois efeitos importantes. De um lado, eliminaria a informalidade desta atuação que, confundida com instâncias de corrupção, termina obscurecida e socialmente marginalizada.²⁰⁸ Essa formalização da atividade contribuiria para aumentar a sua transparência e, em conseqüência, o controle social sobre ela incidente. De outro lado, estabeleceria padrões específicos de atuação, contribuindo para reduzir a diferença de poder político entre grupos de interesses e mitigando a importância do uso de recursos humanos e financeiros para o desempenho desta atividade.²⁰⁹ É evidente que a regulamentação do lobby não teria, por si só, o condão de eliminar os efeitos maléficos desta atividade. Mas é certo que ela concorre para este resultado e, entendida conjuntamente com as demais medidas aqui cogitadas, pode constituir uma alternativa para proteção da concorrência menos lesiva aos direitos individuais.

A segunda destas soluções releva ao desenho institucional ótimo para a redução do risco da captura. Neste particular, é preferível a adoção do modelo *multiagencial* — aquele em que as competências de regulação técnica e econômica e aplicação do direito concorrencial são atribuídas a diferentes entidades, e no qual elas podem se controlar mutuamente. Adotado este modelo institucional, o sucesso de uma empreitada lobista passa a depender da captura de diferentes reguladores. Isto significa maiores custos para o lobby e, conseqüentemente, menor probabilidade de que seja ele promovido.

²⁰⁸ Ainda que já existam, especialmente em Brasília, os “escritórios de lobby”. Ver, a propósito, a reportagem “Lobby às claras”, de Gustavo Paul para a *Revista Exame* de 20 jun. 2005.

²⁰⁹ OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. *Lobby e Representação de Interesses: lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil*. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2004. Mimeografado. p. 232.

De todo modo, a este benefício do modelo multiagencial devem ser contrapostos os seus aspectos negativos (como o risco de conflito de competência, a perda de flexibilidade institucional e a promoção de custos de transação burocráticos, entre outros), para a escolha do modelo mais adequado a cada setor da economia.²¹⁰

Finalmente, como terceira solução institucional para reduzir o impacto anticompetitivo do lobby por regulação, pode-se cogitar do encorajamento e da ampliação da atividade de “advocacia da concorrência”, a ser desempenhada pelas autoridades antitruste, perante os reguladores. O efeito anticaptura desta atividade está detalhadamente exposto no próximo capítulo.²¹¹

Observe-se que a apresentação de todas estas alternativas demonstra que a imunidade antitruste do lobby, aqui proposta, não implica um descompromisso absoluto com os eventuais efeitos maléficos do lobby por regulação anticompetitiva. Dito de outro modo, a adoção desta proposta não importaria deixar a sociedade “à própria sorte” frente aos riscos do lobby anticompetitivo. Equivaleria tão somente à opção de não utilizar *uma* das formas de controle social desta atividade política: o controle jurídico do próprio lobby. Não se afastam — antes, se incentivam — soluções alternativas. E havendo estas soluções alternativas menos lesivas ao direito fundamental e democrático de manifestação de interesses públicos, não se justifica limitá-lo.

4.4.4 Esclarecimentos finais

Repita-se, finalmente, que a proposta de imunidade antitruste, aqui defendida, não depende de uma compreensão “exclusiva” do direito de petição. A prevalência que se lhe deu no conflito com o princípio da livre concorrência não permite esta conclusão. Admite-se a importância da proteção concorrencial — apenas não se entende que isso possa levar à repressão

²¹⁰ V., a propósito, a análise de OLIVEIRA, Gesner; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Regulation and competition policy: towards an optimal institutional configuration in the Brazilian telecommunications industry. 25 *Brooklin Journal of International Law* 311, 1999.

²¹¹ V., especialmente, o item 5.2.2.

de violações concorrenciais (i) sem base em critério teórico consistente e juridicamente viável; (ii) *indiretas* e *incertas*; (iii) e que poderiam ser controladas por meios menos restritivos de direitos fundamentais. Tampouco depende a imunidade antitruste de uma concepção “absoluta” do direito de petição. Já se disse que o argumento referente à essencialidade democrática deste direito é importante, mas não é decisivo. Admite-se que, em algumas hipóteses, ele possa ser limitado — apenas se entende que este não é o caso da repressão ao lobby para aprovação de medidas anticompetitivas. Fundamentalmente, não se acede à idéia que esta limitação possa ocorrer para reprimir violações concorrenciais (i) sem base em critério teórico consistente e juridicamente viável; (ii) *indiretas* e *incertas*; (iii) e que poderiam ser controladas por meios menos restritivos de direitos fundamentais.

Um exemplo ajuda a compreender a questão. Note-se que nenhuma destas três dificuldades acima se aplica à hipótese de litigância fraudulenta (*sham litigation*), com finalidades ou efeitos anticompetitivos.²¹² Justamente por isso, é possível admitir que ela seja reprimida com base no direito antitruste. Também no caso da litigância fraudulenta há “exercício do direito de petição” ao Poder Público. Mas, neste caso específico, (i) há um critério teórico que fundamenta a repressão (a utilização de medidas processuais manifestamente improcedentes com a única finalidade de prejudicar o concorrente); (ii) as limitações concorrenciais que dela resulta são *certas* (já que decorrem do *processamento* das medidas anticompetitivas) e *diretas* (são conseqüências imediatas da ação anticompetitiva); (iii) e não haveria meios menos restritivos de impedir a violação concorcencial dela resultante.

Portanto, retomando o que se disse acima, a limitação do direito fundamental de petição até seria possível, mas exigiria fundamentação sólida a respaldá-la. Este está longe de ser o caso da tese da repressão ao lobby por regulação anticompetitiva. É por isso que é impositivo propor a revisão da tendência jurisprudencial do CADE e a imunização antitruste do lobby.

²¹² A litigância fraudulenta é a utilização de medidas processuais (administrativas ou judiciais) para prejudicar o concorrente. Para maiores detalhes, veja-se o item 4.2 acima.

4.5 Conclusão

Demonstrou-se neste capítulo que o CADE tem tendido a admitir a repressão ao lobby por regulação anticompetitiva com base no direito concorrencial. Esta posição, que contraria as tendências liberalizantes americana e europeia, foi aqui criticada, sob o argumento de que ela não se compatibiliza com o ordenamento jurídico brasileiro. Em especial, reputou-se que a repressão antitruste ao lobby constituiria restrição injustificável do direito fundamental de petição, entendido em sua acepção de direito democrático de manifestação de interesses perante o Poder Público.

São três os problemas que impedem a utilização desta estratégia para a minimização do impacto anticompetitivo da regulação estatal. Para começar, não há critérios teóricos adequados e juridicamente viáveis para fundamentar a ilicitude concorrencial do lobby por regulação anticompetitiva. Além disso, a repressão ao lobby implicaria limitação à liberdade de manifestação política para impedir ações que causariam danos *indiretos* e *incertos*. Finalmente, os eventuais efeitos maléficos do lobby para a concorrência podem ser mitigados por outras vias menos problemáticas e menos restritivas de direitos.

A conseqüência é a de que a repressão antitruste ao lobby por regulação não é juridicamente viável em nosso ordenamento. Trata-se de alternativa a ser descartada para a minimização do impacto anticompetitivo da regulação estatal.

A advocacia da concorrência como forma de cooperação institucional

Sumário: **5.1** O objetivo e a estrutura deste capítulo - **5.2** As principais características da atividade de advocacia da concorrência - **5.2.1** A complementaridade à aplicação repressiva do direito antitruste - **5.2.2** O seu efeito anticaptura - **5.2.3** A titularidade das competências relativas à advocacia da concorrência - **5.3** A advocacia da concorrência no direito comparado - **5.3.1** Estados Unidos - **5.3.2** União Européia - **5.4** A advocacia da concorrência no direito brasileiro - **5.4.1** As competências atribuídas ao CADE - **5.4.2** As competências atribuídas à SDE e à SEAE - **5.4.3** A reforma do SBDC e a advocacia da concorrência - **5.5** A avaliação dos resultados da advocacia da concorrência - **5.6** Conclusão

5.1 O objetivo e a estrutura deste capítulo

No capítulo anterior, buscou-se enfrentar o problema das restrições regulatórias à concorrência através do ataque a uma de suas mais freqüentes origens. Daí se ter cogitado da possibilidade de controle antitruste do lobby por regulação. Já este capítulo está consagrado ao exame de uma forma institucional de enfrentar a anticompetitividade regulatória. Será analisada a “advocacia da concorrência”, atividade de cooperação institucional de natureza persuasiva (não repressiva) das autoridades protetoras da concorrência, que promete contribuir para a redução do problema objeto desta dissertação.²¹³

²¹³ Usa-se igualmente a expressão “promotor da concorrência” para referir ao órgão responsável por esta função, e “promotoria da concorrência” para a atividade. Nesta dissertação, contudo, as expressões advogado e advocacia da concorrência serão utilizadas prevalentemente.

A exposição está organizada da seguinte forma. Importará, de início, examinar as principais características da advocacia da concorrência e o seu potencial para ampliar a proteção concorrencial (item 5.2). Posteriormente, seguirá um brevíssimo relato da experiência comparada, sempre com referência aos casos americano e europeu (item 5.3). Será então a oportunidade de analisar a advocacia da concorrência no contexto brasileiro (item 5.4). Após a leitura das atribuições legislativas atuais e das competências nela estatuídas, valerá prosseguir com a análise das alterações prometidas no projeto de lei que reforma o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Finalmente, caberão algumas observações críticas sobre as limitações desta atividade e as possíveis formas de otimizá-la (item 5.5).

5.2 As principais características da atividade de advocacia da concorrência

O termo advocacia da concorrência (derivado do inglês, *competition advocacy*) é utilizado para referir às ações empreendidas (em geral) pelas entidades de defesa da concorrência para divulgar a filosofia concorrencial. Revela-se sob as mais distintas formas, desde atuações informais como correspondências, divulgação de estudos e pronunciamentos em fóruns, congressos e seminários, até ações mais formais, como a participação no processo decisório de alguma agência reguladora ou a intervenção em processos judiciais como *amicus curiae*.²¹⁴ Seu objetivo é duplo: (i) difundir na sociedade civil os valores relacionados à competitividade; e (ii) persuadir entidades governamentais a atuarem de modo amigável aos princípios da concorrência e evitarem medidas que lhes sejam desnecessariamente lesivas.²¹⁵ Neste segundo caso, a idéia é fazer

²¹⁴ Cf. MURIS, Timothy J. Creating a culture of competition: the essential role of competition advocacy. *Panel on competition advocacy & Antitrust authorities*. Naples, Italy. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/speeches/muris/020928naples.htm>>. Acesso em: 26 dez. 2006.

²¹⁵ É conhecido o conceito elaborado pelo Grupo de Trabalho 04 da International Competition Network (ICN), encarregado de debater este tema: "Competition advocacy refers to those activities conducted by a competition authority related to the promotion of a competitive economic environment by means of non-enforcement mechanisms, mainly through its relationships with other governmental entities and by increasing public awareness of the benefits of competition" (in Sub-group 4 of the Capacity Building & Competition Policy

valer a experiência e a especialização da entidade em questões ligadas à defesa da concorrência, ajudando os agentes políticos a entender o impacto econômico de suas decisões, antes de as promoverem. É cogitável, afinal, que tal impacto seja desnecessário para a consecução dos fins públicos visados, que se poderiam realizar por vias menos prejudiciais à concorrência.²¹⁶

5.2.1 A complementaridade à aplicação repressiva do direito antitruste

A advocacia da concorrência se contrapõe (e é adicional) ao procedimento contencioso de aplicação do direito antitruste (*enforcement*, no inglês). Apresenta, aliás, algumas vantagens em relação a este último. Ambos visam à manutenção ou promoção do ambiente concorrencial, mas a advocacia da concorrência pode atingir este objetivo de forma mais eficiente e menos custosa.²¹⁷

Em primeiro lugar, porque determinadas condutas fogem à aplicação repressiva do direito antitruste, por gozarem de imunidade decorrente de previsão legal expressa ou por se enquadrarem nos pressupostos das doutrinas imunizantes apresentadas ao longo desta dissertação. Nestes casos, a atuação persuasiva da advocacia da

Implementation – CBCPI. Competition advocacy on regulated sectors: examples of success. *International competition network, 2004 Annual Conference*, Seul, Korea. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_3rd_seoul_2004/capacitybuild_sg4_seoul.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2007.

²¹⁶ George Bermann denomina este fenômeno de “onerosità regolamentare”, “che si ha quando le restrizioni sono inutili ed indebite”. Ainda nas suas palavras: “La regolazione può essere onerosa per la sua forma. Perciò, per esempio, può essere indebitamente complessa, ambigua, incoerente o scarsamente accessibile — in breve: non trasparente — o può comportare un’eccessiva burocrazia. Per tali tipologie di oneri, i rimedi generalmente proposti sono la semplificazione, lo snellimento delle procedure ed un più agevole accesso alle stesse. La regolazione può, inoltre, essere onerosa a causa dei suoi contenuti. La regolazione potrebbe, infatti, imporre costi opportunità e di ottemperanza che superano il bene pubblico che si consegue o imporre maggiori costi opportunità e di ottemperanza rispetto a quelli che si potrebbero avere con una regolazione alternativa meno drastica, ovvero essa potrebbe essere inutilmente rigida (nel senso di essere inutilmente dettagliata e coattiva)” (Regolazione e liberalizzazione dei mercati: un’analisi comparativa. In: TESAURO, Giuseppe; D’ALBERTI, Marco (Coord.). *Regolazione e concorrenza*. Bologna: Il Mulino, 2000. p. 34).

²¹⁷ Ver, a propósito, COOPER, James C. et al. Theory and practice of competition advocacy at the FTC. *Antitrust Law Journal*, v. 72, n. 3, p. 1111, 2005; MURIS, Timothy J. State intervention/State Action: a U.S. perspective. In: HAWK, Barry (Ed.). *International Antitrust Law & Policy*; Fordham Corporate Law 2003. New York: Juris, 2003. p. 517.

concorrência é a única forma de enfrentar o problema concorrencial, evitando a elaboração destas regulações anticompetitivas ou propondo-lhes a alteração, quando já promulgadas.

Ainda do ponto de vista da abrangência, a advocacia da concorrência atinge também (e ao contrário do *enforcement* do direito antitruste) o chamado *soft-law*, progressivamente usado pelos reguladores como alternativa às formas de comando e controle.²¹⁸

Mais: comparada com a aplicação repressiva do direito antitruste, a advocacia da concorrência, não contenciosa, é bastante menos custosa. Ao invés de promover-se todo um processo administrativo, poderá bastar uma simples correspondência informal para evitar resultados indesejados.

Além disso, a divulgação de estudos de impactos anticompetitivos da regulação estatal pode acabar repercutindo amplamente, em diferentes setores da economia, enquanto uma ação antitruste produz efeitos pontuais e limitados.

Em quinto lugar e finalmente, por freqüentemente ter lugar *antes* da elaboração da regulação anticompetitiva, ao contrário da aplicação do direito antitruste, os efeitos da atuação como advogado da concorrência podem se sentir mesmo antes de que se produzam efeitos negativos para os consumidores e os concorrentes.

Estas cinco razões sugerem ser a advocacia da concorrência uma das mais efetivas formas de garantir o respeito às normas concorrenciais e uma alternativa bastante valiosa ao *enforcement* do direito antitruste. Vai daí a necessidade de valorizá-la e estudá-la.

²¹⁸ Na definição de Antonio La Spina e Giandomenico Majone, o “Soft Law” refere-se “a dichiarazioni il cui intento è normativo (nel senso di volto a influenzare la condotta dei destinatari), il più delle volte adottate da pubbliche amministrazioni o da organizzazioni internazionali, ma definite (spesso dai loro stessi autori) come carenti di una piena forza giuridica vincolante, anche perché spesso consistenti nella raccomandazioni o indicazione di un corso d’azione come auspicabile, senza che la mancata adesione da parte dei destinatari generi in capo ad apposite autorità l’obbligo di far seguire una sanzione prestabilita” (In: *Lo Stato Regolatore*. Bologna: Il Mulino, 2000). Sobre a problemática questão do controle do *soft Law*, v. JEANNENEY, Pierre-Alain. Le régulateur producteur de droit. In: FRISON-ROCHE, Marie-Anne (Dir.). *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*. Paris: Dalloz, 2004. p. 47-49. O argumento deste autor é que o uso do *soft-law* aumenta consideravelmente os poderes formais de que dispõem os reguladores. Na mesma coletânea, conferir também as observações de LOMBARD, Martine. La régulation dans un État de droit. In: FRISON-ROCHE, Marie-Anne (Dir.). *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*. Paris: Dalloz, 2004. p. 32-33.

5.2.2 O seu efeito anticaptura

Ainda a propósito dos benefícios da atividade de advocacia da concorrência, é fundamental referir ao seu potencial anticaptura.²¹⁹ Como foi visto no capítulo anterior, economistas ligados à Escola de Chicago demonstraram que, dentre outras razões, pela maior capacidade de organização, as empresas reguladas são mais eficazes que os consumidores na tarefa de influenciar o Estado (capturá-lo) para atuar em seu favor.²²⁰ Desta maneira, é de se esperar que elas consigam impulsionar a produção de regulações anticompetitivas, que protejam os seus interesses particulares (afastando pressões concorrenciais, por exemplo) e ameacem o bem-estar dos consumidores.

A atribuição de um orçamento a uma entidade pública específica para o desempenho da advocacia da concorrência poderia ajudar a corrigir esta falha do “mercado político”. O advogado da concorrência atuaria, então, em favor destes grupos cujos custos de organização e informação são proibitivos, contribuindo a fazer valer também os seus interesses e a contrapor a força da atuação política da indústria regulada.²²¹

É possível apontar três conseqüências da atuação do advogado da concorrência no processo político.²²² Primeiro, e bastante simplificada, pode ser que os fundamentos técnicos de um estudo da entidade de defesa da concorrência convençam os agentes políticos de que determinada regulação proposta restringe demasiadamente a competição, não sendo a sua aprovação do interesse público. Segundo, este estudo pode servir como cobertura política para que se adotem posições contra indústrias favorecidas: a atuação da entidade de defesa da concorrência torna mais fácil

²¹⁹ Embora se faça referência específica, aqui, à captura por parte da indústria regulada, é evidente que a Advocacia da Concorrência também produz a diminuição do risco de captura política do regulador (influência governamental de viés populista sobre o regulador, por exemplo).

²²⁰ Ver capítulo anterior, especialmente o item 4.1.

²²¹ EVENETT, Simon J. Competition Advocacy: time for a rethink?. 26 *Northwestern Journal of International Law & Business*, p. 498, 2005-2006. Não por acaso, o programa de advocacia da concorrência da FTC, nos Estados Unidos, chama-se: “The Federal Trade Commission’s competition and consumer advocacy program”.

²²² Adota-se, aqui, a exposição de COOPER, James C. et al. Theory and practice of competition advocacy at the FTC. *Antitrust Law Journal*, v. 72, n. 3, p. 1102, 2005.

— politicamente menos oneroso — para um dado agente político negar-se a agir em favor desta indústria. Finalmente, ao informar os consumidores dos modos em que uma regulação proposta poderá afetá-los, o advogado da concorrência pode encorajar atuações políticas (manifestações, passeatas, reclamações) que elevem o custo político de aprovar esta regulação anticompetitiva. Há, em todos estes casos, um ganho de transparência e *accountability* do regulador.²²³

Sob uma perspectiva econômica, estas medidas produzem o efeito de *encarecer* e desencorajar o lobby que vise à restrição concorrencial. Como consequência da atuação do advogado da concorrência, a efetivação de interesses privados através de lobby dependerá de ainda maiores esforços privados e ainda maiores valores monetários. Em última análise, este processo implicará a elevação do *limiar de racionalidade econômica* desta atividade de lobby, o que implica a sua redução quantitativa.²²⁴ Os benefícios são evidentes: (i) redução do total de recursos escassos da sociedade utilizados em lobbies; (ii) diminuição da probabilidade de captura do regulador.²²⁵

Como foi visto no capítulo anterior, esta importância anticaptura da advocacia da concorrência é ainda mais relevante se adotada a proposta de imunização antitruste do lobby por regulação.

5.2.3 A titularidade das competências relativas à advocacia da concorrência

A rigor, a realização das atividades inerentes à advocacia da concorrência (ou pelo menos a maioria delas) não depende de atribuição legislativa da competência correspondente. Isto porque elas

²²³ V., a propósito, as considerações de KOHL, Michael. Constitutional limits to anticompetitive regulation: the principle of proportionality”. In: AMATO, Giuliano; LAUDATI, Lauraine (Ed.). *The anticompetitive impact of regulation*. Cheltenham: Edward Elgar, 2001. p. 424.

²²⁴ A expressão “limiar de racionalidade econômica” é aqui utilizada para referir ao custo máximo em que a empresa regulada admitiria incorrer para ver consagrado o seu interesse na medida regulatória estatal. A partir deste limiar, não seria mais justificável empreender o lobby privado, pois os benefícios econômicos dele decorrentes não superariam os custos incorridos.

²²⁵ EVENETT, Simon J. Competition Advocacy: time for a rethink?. *26 Northwestern Journal of International Law & Business*, p. 498, 2005-2006.

não implicam a utilização de *poderes de autoridade*. Assim, podem elas até mesmo vir a ser prestadas por particulares (imaginem-se, por exemplo, a criação de uma ONG para proteção da concorrência que divulgasse estudos, promovesse congressos, palestras e cursos com a finalidade de difundir a filosofia concorrencial). A atribuição legislativa deste *dever* a alguma entidade pública, contudo, garante a sua realização.

Por outro lado, o fato de a função da advocacia da concorrência caber normalmente à mesma entidade pública à qual se confia a tarefa de aplicação repressiva do direito antitruste (*enforcement*) permite economias de escala relacionadas tanto à expertise da atividade como à obtenção custosa de informações sobre as características do mercado.²²⁶ Diminui, ademais, os riscos de divergências entre o aplicador do direito antitruste e o advogado da concorrência, com todas as implicações de custos e de insegurança jurídica daí decorrentes. Mas produz também ganhos anticaptura, na medida em que o advogado da concorrência atua perante diferentes indústrias, não estando próxima de nenhuma delas em particular, de modo a estreitar as relações com as empresas deste setor e facilitar a sua influência na produção regulatória.²²⁷

5.3 A advocacia da concorrência no direito comparado

A seguir, expõem-se brevemente as experiências americana e europeia de advocacia da concorrência. Nestas duas jurisdições, a atividade é bastante valorizada, havendo mesmo uma tendência à sua ênfase crescente.

²²⁶ Neste sentido, veja-se abaixo o relato do Caso Denatran, cuja investigação se iniciou a partir de informações obtidas em casos conexos de aplicação contenciosa do direito antitruste.

²²⁷ Cf. o relatório do Grupo de Trabalho 04 da International Competition Network (ICN): Subgroup 4 of the Capacity Building & Competition Policy Implementation (CBCPI). *Competition advocacy on regulated sectors: examples of success. International competition network, 2004 Annual Conference*, Seul, Korea. <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_3rd_seoul_2004/capacitybuild_sg4_seoul.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2007.

Sobre a cooperação da FTC com as agências reguladoras e outras instituições públicas nos Estados Unidos, ver MURIS, Timothy J. *State intervention/State Action: a U.S. perspective*. In: HAWK, Barry (Ed.). *International Antitrust Law & Policy*: Fordham Corporate Law 2003. New York: Juris, 2003.

5.3.1 Estados Unidos

O fundamento legal da advocacia da concorrência, no direito americano, reside na Seção 6, §46, do *Federal Trade Commission Act*, que confere a esta entidade a função de conduzir estudos e relatórios relacionados à defesa do consumidor e da concorrência e a problemas que afetem a economia americana.

Embora seja possível apontar exemplos anteriores,²²⁸ normalmente se faz menção a um discurso proferido em outubro de 1974 por Lewis Engman, então *Chairman* da FTC, como marco do início da atuação desta entidade como advogada da concorrência. Engman discutia a regulação do setor de transportes e criticou o fato de a agência responsável pela regulação da aviação civil (Civil Aeronautics Board) restringir a entrada neste mercado e controlar a distribuição de rotas aéreas. O argumento era o de que a ausência de real concorrência no setor contribuía para aumentar o preço do transporte, do que resultavam conseqüências danosas para toda a economia americana. A clara relação estabelecida entre a política concorrencial e o desenvolvimento da economia americana (então estagnada) mereceu ampla cobertura jornalística, além da atenção de relevantes parcelas da sociedade. O resultado foi uma ampla desregulação (*deregulation*) do setor de transporte nos anos seguintes.²²⁹

Dois características institucionais da FTC reforçam a idéia de que ela poderia cumprir o papel anticaptura que se mencionou

²²⁸ Arnold C. Celnicker aponta que a obtenção e divulgação de informações concorrenciais aos órgãos executivos e legislativos dos Estados Unidos constitui uma das razões que motivou a criação da *Federal Trade Commission*. Para estas e outras informações históricas sobre a atuação do FTC como advogado da concorrência, consulte-se o seu *The Federal Trade Commission's competition and consumer advocacy program*. 33 *St. Louis University Law Journal*, p. 378, 1988-1989; COOPER, James C. et al. Theory and practice of competition advocacy at the FTC. *Antitrust Law Journal*, v. 72, n. 3, 2005.

²²⁹ Afirma Timothy J. Muris: "During the next decade, the Commission aggressively pursued competition advocacy to promote deregulation of airlines, railroads, trucking, and inter-city buses. This advocacy used not only speeches, but also formal written submissions to regulatory agencies and legislative committees. Scholars estimate that transportation deregulation improved consumer welfare by more than \$50 billion annually", in: *Creating a culture of competition: the essential role of competition advocacy. Panel on competition advocacy & Antitrust authorities*. Naples, Italy. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/speeches/muris/020928naples.htm>>. Acesso em: 26 dez. 2006.

anteriormente: (i) trata-se de entidade bipartidária por disposição legal, uma vez que o *Federal Trade Commission Act* proíbe que mais do que três dos seus cinco comissários sejam do mesmo partido político; (ii) trata-se de entidade federal, o que contribui para impedir a cristalização de interesses estaduais ou paroquiais em políticas restritivas da concorrência e lesivas dos interesses dos consumidores.²³⁰

5.3.2 União Europeia

Na União Europeia, a função de advocacia da concorrência cabe ao DG Comp, uma das Diretorias Gerais da Comissão Europeia, também responsável pela promoção de ações contra os violadores da lei concorrencial, imposição de sanções, isenções previstas no art. 81(3) do Tratado e relacionamento internacional com as autoridades concorrenciais de outras jurisdições.²³¹ O DG Comp não possui uma específica unidade responsável pela advocacia da concorrência. A alocação dos trabalhos a ela relativos é regida pelo critério da especialidade no setor do projeto regulatório em questão (agricultura, telecomunicações, etc.).

A função de advocacia da concorrência na União Europeia envolve ações tanto em âmbito nacional como comunitário. Neste último caso, uma importante peculiaridade institucional deve ser destacada. É que a competência regulatória comunitária precípua cabe à Comissão Europeia. E, dentre os 20 membros desta Comissão, um é o comissário responsável pelas questões relativas ao direito da concorrência, estando ele, assim, numa posição privilegiada para iniciar, implementar e monitorar as

²³⁰ Cf. COOPER, James C. et al. Theory and practice of competition advocacy at the FTC. *Anti-trust Law Journal*, v. 72, n. 3, p. 1103, 2005: "Thus, a particular interest group may be especially concentrated or strong in a particular state, and that group may have undue influence in the political process of that state. In addition, the anticompetitive regulations of one state may have major spillovers, or other externalities, that impose burdens on national markets. As a result, it is appropriate for the advocacy function to rest with a national actor that will be less prone to capture by parochial interest groups, but instead will be attenuated from some local political pressures and will be able to look out for the national goals of preserving robust economic market competition".

²³¹ Para maiores informações, v. o site da entidade: <<http://ec.europa.eu/comm/competition>>, ou CHALMERS, Damian et al. *European Union Law*. Cambridge: Cambridge, 2006. p. 87 et seq.

políticas regulatórias da Comunidade em todos os setores da economia.²³²

A exemplo do que ocorre nos Estados Unidos, esta atividade toma as mais diversas formas, como participação na preparação das propostas regulatórias das outras diretorias gerais, consultas públicas, relatórios a respeito do estágio concorrencial de alguns mercados e divulgação de estudos. De acordo com o plano anual de trabalho divulgado em 2005, um aspecto chave da futura missão do DG Comp é contribuir para a modelagem de outras políticas europeias²³³ e de esquemas regulatórios nacionais, promovendo um regime favorável à competição.²³⁴

A atuação do DG Comp como advogado da concorrência tem sido bastante intensificada nos últimos anos, especialmente a partir de 2004. Um dos focos principais tem sido os serviços profissionais (advocacia, arquitetura, engenharia etc.), muito freqüentemente regidos por regulações que controlam a entrada, os preços e a publicidade.²³⁵

5.4 A advocacia da concorrência no direito brasileiro

Algumas razões indicam que a advocacia da concorrência tem um papel particularmente relevante a cumprir nos países em desenvolvimento, como o Brasil. Primeiro, estes países ainda estão, via de regra, desacostumados a tratar complexas questões econômicas, sendo recente o desenvolvimento efetivo do direito concorrencial

²³² AMATO; Giuliano; LAUDATI, Lauraine. Introduction. In: *The anticompetitive impact of regulation*. Cheltenham: Edward Elgar, 2001. p. 22. Ver também, na mesma coletânea, MEHTA, Kirti. Competition advocacy within the European Commission: the role of DG competition. In: AMATO, Giuliano; LAUDATI, Lauraine (Ed.). *The anticompetitive impact of regulation*. Cheltenham: Edward Elgar, 2001. p. 412-418.

²³³ De acordo com as diretrizes internas da Comissão, as propostas regulatórias de suas diretorias devem passar por estudos prévios de impacto. Em princípio, cada Diretoria deve promover a análise de impacto para os seus próprios projetos, mas o DG Comp poderá auxiliá-los no que concerne aos impactos anticompetitivos.

²³⁴ Ver "DG Competition 2005, Annual Management Plan". Disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/annual_management_plan/amp_2005_en.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2006.

²³⁵ V., a propósito, o "Professional Services – Scope for more reform", Follow-up to the Report on Competition in Professional Services, COM(2004) 83 of 9 February 2004. Disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/liberal_professions/sec200564_en.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2006.

(como norma ou como disciplina jurídica). Segundo, neles, as recentes Reformas de Estado deram origem a um intenso processo de produção normativa que lhes desse suporte.²³⁶ Os riscos de que esta normatização se desvie do interesse público para a proteção de interesses privados é, portanto, ainda mais intenso.²³⁷

Entre nós, as competências relativas ao desempenho da função da advocacia da concorrência estão atribuídas de forma concorrente aos três componentes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC): o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). A opção do legislador não merece encômios. A sobreposição de competências gera dispêndios desnecessários de recursos, além de eliminar as eficiências das economias de escala que seriam obtidas a partir da concentração desta atividade. Pode, ainda, produzir conflitos de opiniões e conseqüente insegurança jurídica para o regulador e a indústria regulada. Tem sido dito que o projeto de lei para reforma do SBDC concentraria esta função nas mãos da SEAE, afirmação que, conforme se verá, deve ser recebida com reservas.

5.4.1 As competências atribuídas ao CADE

No que concerne especificamente ao CADE, devem ser mencionadas cinco disposições da Lei nº 8.884/94. No seu art. 7º, estão previstas funções *passiva* e *ativa*. A partir de iniciativa alheia, caberá ao CADE “responder a consultas sobre matéria de sua competência” (inc. XVII). Tal competência está regulamentada na Seção II – Da Consulta, da Resolução nº 45/2007, que aprova o Regimento Interno do CADE. O art. 102 desta Resolução possibilita que qualquer interessado (dentre os quais os órgãos e entidades públicas de qualquer esfera federativa) consulte o Plenário do CADE, em tese, sobre matérias de sua competência. O autor da

²³⁶ EVENETT, Simon J. Competition Advocacy: time for a rethink?. 26 *Northwestern Journal of International Law & Business*, p. 498, 2005-2006. A propósito, v. também FREIRE, Marusa Vasconcelos. A atuação do CADE diante da desestatização. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n. 23, p. 67-72, abr./jun. 1996.

²³⁷ Ver RODRIGUEZ, A. E.; COATE, Malcolm B. Competition Policy in Transition Economies: the role of competition advocacy. 23 *Brooklyn Journal of International Law* 365, 1997-1998.

consulta deverá ser também o autor da prática que constitui o seu objeto (art. 105, I), e a consulta deverá se dar antes da adoção da medida. O expediente pode servir, assim, para que os legisladores e demais reguladores públicos obtenham o parecer do CADE sobre as medidas que pretendem implementar.

Ainda no artigo 7º da Lei nº 8.884/94, mas agora sob uma perspectiva ativa, ao Plenário do CADE é atribuído o poder de *requisitar* dos órgãos do Poder Executivo Federal e *solicitar* das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento da lei (inc. X). Valendo-se deste dispositivo, o CADE poderá opinar sobre projetos regulatórios dos poderes centrais federal, estadual ou municipal, bem como das entidades públicas a eles vinculados. É este o fundamento da sua atuação nas consultas públicas das agências reguladoras (v., por exemplo, o art. 42 da Lei Geral de Telecomunicações, Lei nº 9.472/97).

A diferença de termos utilizadas na redação legal (*requisitar e solicitar*) indica uma maior ingerência do CADE sobre as entidades federais e poderia fundamentar a interpretação de que, perante elas, a opinião do CADE seria vinculante. Entretanto, este não é o entendimento que tem prevalecido. Repetida e corretamente, o CADE tem declarado que não lhe cabe desfazer regulações anticompetitivas ou estabelecer qualquer sanção às entidades públicas por elas responsáveis.²³⁸ Identificada a restrição pública à concorrência, oficia-se o regulador correspondente e solicitam-se-lhe as medidas necessárias para que se evitem violações à Lei nº 8.884/94. Desatendida esta solicitação, o CADE enviará o caso à sua Procuradoria ou representará à entidade competente (v.g. Ministério Público) para que seja buscada

²³⁸ Destaque-se, todavia, a divergência do então Presidente do CADE, Conselheiro Gesner de OLIVEIRA, no seu voto na Consulta nº 34/99, cuja relatoria coube à Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva: “A mera leitura do dispositivo legal torna claro que, em relação aos órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta do Poder Executivo Federal, o CADE requisita, ou seja, pratica ato mandamental, não se admitindo o seu descumprimento. Apenas quando o destinatário for órgão estadual ou municipal, e em respeito ao pacto federativo constitucional, o CADE ‘enquanto’ Poder Executivo Federal, não poderia determinar, mas somente solicitar providências, visando adequar os normativos destes órgãos à Lei ‘Federal’ de defesa da concorrência”. Neste mesmo sentido, entendendo pela possibilidade de anulação direta, pelo CADE, das regulações infralegais violadoras da Lei nº 8.884/94, SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. Direito da concorrência e regulação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 1, p. 17, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 03 jan. 2008.

a correção cabível, perante o Poder Judiciário.²³⁹ Não possui o CADE, contudo, poder de constrição direta de outros entes públicos.²⁴⁰

Não há nesta tese desconsideração do que dispõe o art. 15 da Lei nº 8.884/94, que afirma ser ela aplicável também às pessoas jurídicas de direito público. A lei é de fato aplicável a estas entidades, mas apenas através do Poder Judiciário.²⁴¹ Entender que o CADE poderia anular diretamente a regulação inconstitucional ou ilegal seria, no primeiro caso, estabelecer (ao arrepio da Constituição) uma nova hipótese de controle de constitucionalidade concentrado, e no segundo, prejudicar a autonomia das entidades reguladoras independentes, cujos atos não são revisáveis no âmbito do Poder Executivo.²⁴²

²³⁹ Foi esta a conclusão do Conselheiro Antônio Fonseca, no seu voto-vista da Representação nº 21/91: “Se no exercício constitucional do seu poder regulamentar, uma entidade pública, por atos de estado ou de governo, causa uma infração ‘lato sensu’ à ordem econômica, não é prático nem juridicamente possível que o Plenário do CADE possa ir além de expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da Lei (inciso X do art. 7º), após simples procedimento de apuração ou verificação da infração. Diante do indício de infração ou verificada esta, o CADE deve se limitar a oficiar à entidade pública (...) para, num prazo razoável, tomar as medidas adequadas. Se isso não ocorrer, apenas resta ao CADE acionar o Poder Judiciário ou requerer ao Ministério Público que o faça, supondo que a ofensa incluíse no conceito amplo de infração à ordem econômica e nos limites da Lei no 8.884/94”. V. também o seu artigo O papel do CADE em face da desestatização. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 40, fev. 1997).

²⁴⁰ Ver ainda: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08000.021660/96-05. Conselheiro Relator: Fernando de Oliveira Marques. Representante: SDE “Ex Offício”. Representadas: Empresas de Transporte Coletivo do Rio de Janeiro. *DOU*, 07/02/2003; Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08012.005769/98-92. Conselheiro Relator: Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva. Representante: SDE “Ex Offício”. Representada: SINDICAVIR/DF. *DOU*, 28/01/2000; Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08012.006507/1998-81. Conselheiro Relator: Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer. Representante: Ivan Garcia Diniz. Representadas: COOPERTAXI et alli. *DOU*, 20/08/2003.

²⁴¹ Veja-se, a propósito, o comentário de Antonio Fonseca: “O bem jurídico objeto da defesa da ordem econômica é compreendido pelos mercados, que constituem uma forma de patrimônio público nacional. Como tal, o zelo pela ordem economia inclui-se também na competência constitucional do Ministério Público. Ademais, a garantia de direitos não se realiza ou não se aperfeiçoa, nas democracias, senão mediante a atuação do Poder Judiciário. Daí o CADE não é o único órgão a zelar pela ordem econômica e, por conseguinte, ele não tem o monopólio da aplicação da Lei nº 8.884. Em outras palavras, essa Lei não foi feita para ser aplicada somente pelo CADE. Isto significa que a aplicação da Lei em algumas situações não possa ser feita pelo CADE, mas somente pelo Judiciário, embora com o auxílio dele. O concurso do Judiciário, todavia, não exclui totalmente o papel do CADE” (In: O papel do CADE em face da desestatização. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 39, fev. 1997).

²⁴² É esta também a opinião de Calixto Salomão Filho, para quem: “os atos normativos das autarquias também podem/devem ser objeto de revisão constitucional, sempre pelo Judiciário, mas dessa vez de forma concentrada. Imagine-se uma regulação que cria condições anticoncorrenciais em setor que a Constituição não afastou a disciplina concorrencial. Evidentemente não compete a outra autarquia (CADE) declarar a inconstitucionalidade de tal

Também a lei prevê que o CADE deverá “instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica” (inc. XVIII), circunstância que fundamenta ações publicitárias ou organização de eventos, por exemplo. Bastante relevante é também a previsão do inc. XVI, de que o CADE firmará contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais, instrumentos que poderão ser usados para estabelecer deveres recíprocos em prol de finalidades concorrenciais.²⁴³ Estes convênios possuem utilidade particularmente destacada nos setores em que atua uma agência reguladora. Nestes casos, os convênios permitem o desenvolvimento da articulação entre o CADE e esta autoridade setorial, articulação que garante a maior efetividade da política concorrencial neste setor.²⁴⁴ De fato, estando em contato constante com o setor regulado, a agência (i) possui maior aptidão para nele identificar práticas violadoras da ordem econômica,²⁴⁵ e (ii) detém maior subsídio técnico para o deslinde das questões concorrenciais que nele se verificam.²⁴⁶

normativo. A constitucionalidade do normativo pode e deve ser contestada com base em princípios constitucionais através de ação direta de constitucionalidade (artigo 102, I, “a”, da Constituição Federal)” (Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes (Org.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 141). Neste sentido, v. também NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In: SUNDFELD Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 184; MELO, Murilo Otávio Lubambo de. Defesa da concorrência nos setores regulados: limites e potencialidades do direito concorrencial. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 92, 2006; GARCIA, Flávio Amaral. Conflito de competência entre o CADE e as agências reguladoras que atuam no campo dos serviços públicos. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 11, p. 246, 2002.

²⁴³ Ensina Marçal Justen Filho que “o convênio consiste numa avença em que dois ou mais sujeitos, sendo ao menos um deles integrante da Administração Pública, comprometem-se a atuar de modo conjugado para a satisfação de necessidades de interesse coletivo, sem intento de cunho lucrativo. A característica do convênio reside na ausência de interesse especulativo de todas as partes, que atuam harmonicamente para o bem comum” (In: *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 286).

²⁴⁴ Cf. ROCHA, Bolivar Moura. Articulação entre regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 5, n. 7, p. 56-57, 1998.

²⁴⁵ Essa é uma das razões pelas quais a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) atribui competências instrutórias de infrações antitruste à ANATEL — competências que, sob o regime da Lei nº 8.884/94, cabem à SDE. V., em especial, os arts. 7º, §2º, e art. 19, XIX, da LGT.

²⁴⁶ Neste sentido, Ana Maria de Oliveira Nusdeo aponta que “As experiências do Direito Comparado têm mostrado que a solução adequada para a conciliação entre os imperativos da necessidade de aplicação minimamente uniforme das normas antitruste e do aproveitamento dos órgãos com competência técnica para a apreciação de questões com especificidade técnica em matéria de concorrência é o estabelecimento de convênios entre as agências e os órgãos de proteção à concorrência. Essas iniciativas, além das soluções às

Finalmente, de acordo com a previsão do art. 89, cabe ainda ao CADE, querendo, atuar nos processos judiciais em que se discuta a aplicação da Lei nº 8.884/94. Em documento publicado em Setembro de 2005, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) relata que a política do CADE tem sido de apenas intervir judicialmente nas ações cujo objeto já tenha sido previamente examinado em processos administrativos no seu âmbito. A OCDE sugere que este posicionamento seja revisto e que o CADE considere as intimações judiciais “como oportunidades para desempenhar a advocacia da concorrência”.²⁴⁷

É importante destacar alguns aspectos processuais desta previsão legislativa. Em primeiro lugar, note-se que ela estabelece uma hipótese de intervenção *facultativa*. A lei confere ao CADE a possibilidade de, intimado, não comparecer; e este não comparecimento não possui qualquer conseqüência jurídica.²⁴⁸ Por outro lado, a *intimação* do CADE é obrigatória e deverá ocorrer em quaisquer processos judiciais em que se discuta a aplicação da Lei nº 8.884/94. A ausência desta intimação poderá ensejar a nulidade processual.

Quanto à natureza da eventual intervenção judicial do CADE, a doutrina processualista tem repreendido a previsão legal de que esta autarquia federal atuaria no processo como “assistente”.²⁴⁹ O melhor entendimento é aquele que divisa as possibilidades

questões de divisão de tarefas, devem ter como objetivo geral a simplificação de esforços e o intercâmbio e mútuo aproveitamento da experiência e capacidade técnica da contraparte” (In: Agências reguladoras e concorrência. SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 185). A propósito, v. também ROCHA, Bolívar Moura; OLIVEIRA, Hermes Nereu Cardoso. Balanço da articulação entre órgãos de defesa da concorrência e agências reguladoras de infra-estrutura. In: ROCHA, Bolívar Moura (Org.). *A regulação de infra-estruturas no Brasil*: balanços e propostas. São Paulo: IOB-Thomson, 2003.

²⁴⁷ V. *Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE*, “Competition Law and Policy in Brazil”, *Policy Brief*, September 2005. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/62/35/35415135.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2007

²⁴⁸ Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 327.

²⁴⁹ V., por exemplo, LAZZARINI, Alexandre Alves. A intervenção do CADE no processo judicial. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 105, p. 246, jan./mar. 2002; BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 324. Para o primeiro autor, o CADE atuaria nestes processos como “perito”. Para o segundo, a sua atuação seria sempre como “amicus curiae”.

de intervenção em processos que envolvam litígios individuais (fundadas no art. 29 da Lei nº 8.884/94) ou em causas coletivas (fundadas no art. 1º, V, da Lei nº 7.347/85, a lei da ação civil pública). Não tendo a lei feito qualquer ressalva, tem-se que o CADE poderá atuar em ambas as hipóteses — e deverá ser intimado em ambas. A natureza de sua atuação, contudo, diferirá num e noutro caso.²⁵⁰

No primeiro deles, não compete ao CADE atuar como assistente de nenhuma das partes, sob pena de violação à impessoalidade da Administração Pública. Sua atuação eventual, na hipótese, será como *amicus curiae*, conferindo ao magistrado necessário auxílio técnico para a solução de difíceis lides concorrenciais. Conseqüentemente, não lhe caberá recorrer da decisão judicial, por absoluta falta de interesse de agir. Por outro lado, quando se tratar de causas coletivas fundadas na legislação concorrenciais, o CADE será intimado para atuar, aí sim, como assistente litisconsorcial. É que então não estarão em jogo interesses de uma parte lesada patrimonialmente, mas interesses de toda a coletividade na proteção da concorrência. Neste caso, estando legitimado mesmo à propositura da ação (v. art. 5º, *caput*, da Lei nº 7.347/85), pode o CADE, também, recorrer da decisão judicial.²⁵¹

Esta diferenciação tem conseqüências, também, para a fixação da competência jurisdicional. Nas causas em que o CADE de fato possui interesse como *assistente* (aquelas de natureza coletiva), haverá um deslocamento da competência para a Justiça Federal, por força do art. 109, I, da Constituição Federal.²⁵² Isto não ocorrerá nas ações em que a atuação desta autarquia tiver natureza de *amicus*

²⁵⁰ Adota-se aqui o entendimento de DIDIER JR, Fredie. A intervenção judicial do CADE (art. 89, LF 8.884/94) e da CVM (art. 31, LF 6.385/76). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 115, p. 151-163, 2003.

²⁵¹ Explica ainda Fredie Didier Jr. que “acaso não tenha sido intimado e, portanto, não esteja participando do feito, poderá a autarquia recorrer como terceiro, já que, se pode o mais (propor a ação), pode o menos (pô-la em desenvolvimento com o recurso); aplica-se a regra segundo a qual quem poderia intervir pode recorrer como terceiro” (In: A intervenção judicial do CADE (art. 89, LF 8.884/94) e da CVM (art. 31, LF 6.385/76)). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 115, p. 157).

²⁵² Transcreve-se a redação do dispositivo constitucional: “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”.

curiae. É que o dispositivo constitucional mencionado alude a “assistência” e a atuação como *amicus curiae* não configura tal hipótese.²⁵³

5.4.2 As competências atribuídas à SDE e à SEAE

Em todos os casos acima, a atuação do CADE, perante os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, dá-se como *advogado da concorrência*. Na prática, contudo, as principais responsáveis pelos programas de advocacia da concorrência no Brasil são as Secretarias de Direito Econômico (SDE) e de Acompanhamento Econômico (SEAE) — em especial esta última.

As competências da SDE também estão previstas na Lei nº 8.884/94, especialmente em seu art. 14. Assim, por exemplo, deve a Secretaria orientar os órgãos da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento da lei (art. XIII). Esta disposição serve de fundamento para a cooperação institucional entre as agências antitruste e os reguladores, fundamental para o desenvolvimento da advocacia da concorrência. Complementariamente, atribui a lei à SDE a função de desenvolver estudos e pesquisas para orientação da política de prevenção de infrações da ordem econômica (inc. XIV). Finalmente, o inc. XIV prevê que também à SDE, como ao CADE, compete a instrução do público em geral sobre as formas de infração à ordem econômica e os seus modos de prevenção e repressão. A idéia de difusão da cultura concorrencial e explicitação dos seus benefícios sociais se insere no núcleo das tarefas relativas à advocacia da concorrência.²⁵⁴

²⁵³ É o entendimento do Supremo Tribunal Federal: “O processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes. – Simples juntada, por linha, de peças documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (*amicus curiae*): situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção *ad coadjuvandum*”. (STF, AGRADI 748-RS, rel. Min. Celso de Mello, j. 01.08.1994, *DJ*, p. 31.392, 18 nov. 1994). Com compreensão diversa, v. BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 328.

²⁵⁴ Neste sentido, o site da SDE na internet destaca a “importância da presença da SDE na mídia e em eventos, a produção de documentos e a realização de intercâmbios que incentivem o estudo do assunto por estudantes e profissionais” (<<http://www.mj.gov.br/sde>>. Acesso em: 13 nov. 2007).

Já as competências da SEAE, criada em 1º de janeiro de 1995, por meio da Medida Provisória nº 813,²⁵⁵ estão previstas no art. 12 do Decreto nº 6.193/2007. Ali resta claro que à SEAE compete acompanhar a implantação dos modelos de regulação e gestão desenvolvidos pelas agências reguladoras, pelos ministérios setoriais e pelos demais órgãos afins (inc. III); avaliar e manifestar-se acerca dos atos normativos e instrumentos legais que afetem as condições de concorrência e eficiência na prestação de serviços, produção e distribuição de bens (inc. VII, “e”); propor, avaliar e analisar a implementação das políticas de desenvolvimento setorial e regional (inc. VII, “f”); e promover a articulação com órgãos públicos, setor privado e entidades não-governamentais (inc. X).

A advocacia da concorrência é já amplamente desempenhada pela SEAE, tal como se depreende do Relatório de suas atividades no ano de 2006.²⁵⁶ O caso *DENATRAN* é um exemplo de atuação *a posteriori* (de regras regulatórias já existentes) da Secretaria.²⁵⁷ A SEAE tomou conhecimento de que os DETRANS de alguns estados brasileiros estavam expedindo atos administrativos por meio dos quais fixavam valores para os serviços prestados pelas auto-escolas. Estes atos fundavam-se em portarias expedidas em âmbito nacional pelo DENATRAN, com objetivo declarado de garantir a qualidade das auto-escolas. Para além de identificar o vício formal da restrição da liberdade de iniciativa através de medidas infra-legais (em violação ao princípio da legalidade, art. 5º, II, da CF), a SEAE procedeu a um exame de proporcionalidade destas medidas regulatórias, identificando a sua inadequação para a realização das finalidades sociais pretendidas e a violação desnecessária e excessiva de liberdades públicas, uma vez que tais finalidades poderiam ser atingidas por meios menos ofensivos. Estas conclusões foram levadas ao DENATRAN, que revogou as portarias em questão. A consequência da atuação da SEAE foi uma maior competitividade

²⁵⁵ A SEAE resultou do desmembramento da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda.

²⁵⁶ Relatório de Atividades em 2006 da Secretaria de Acompanhamento Econômico. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br/>>. Acesso em: 13 nov. 2007.

²⁵⁷ Para um relato mais extenso, v. Relatório de Atividades em 2006 da Secretaria de Acompanhamento Econômico. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br/>>. Acesso em: 13 nov. 2007, p. 26 et seq.

entre as auto-escolas, com benefícios para os consumidores dos seus serviços.

Há também exemplos de atuações preventivas. A SEAE examinou o Projeto de Lei nº 45 do Senado, que visava a acrescentar dispositivo no Código de Defesa do Consumidor determinando que “no fornecimento de bens e serviços executados de forma contínua, o fornecedor deverá estender aos contratos em vigor, a critério do consumidor, as condições oferecidas para adesão de novos consumidores”. Também aqui a SEAE analisou as prováveis consequências da medida, o impacto causado na concorrência e as eventuais alternativas menos gravosas para atingir o mesmo objetivo. A conclusão da análise procedida pela Secretaria foi contrária à inovação legal. A medida pretendida tenderia a desestimular as promoções nos mercados que envolvem contratos relacionais, as quais passariam a ser irracionais do ponto de vista dos produtores, uma vez que o custo de estender as suas condições aos consumidores poderia ser excessivo e injustificável diante dos lucros correspondentes. A restrição às promoções, variável concorrencial importante, implica uma limitação relevante à concorrência. Como é evidente, os maiores prejudicados seriam os consumidores de baixa renda, já que as promoções reduzem o custo de entrada, viabilizando-a para os clientes mais resistentes aos preços dos bens e serviços. Finalmente, a SEAE observou que o Código de Defesa do Consumidor já protege o consumidor contra eventuais onerosidades excessivas (nos termos do art. 6º, inc. V), de modo que a medida pretendida seria desnecessária. A análise da SEAE contribuiu para que a iniciativa não lograsse êxito.²⁵⁸

De todo modo, chama a atenção, nesta atuação da SEAE, o uso prevaLENTE de argumentos de *licitude (legalidade ou inconstitucionalidade)*. Nos exemplos acima, e em alguns outros

²⁵⁸ Ainda no campo dos exemplos, é possível destacar a atuação da SEAE nos procedimentos licitatórios, visando a ampliar a competitividade dos certames e contribuindo para que a Administração Pública celebre o contrato mais vantajoso possível. De acordo com o seu próprio site, a SEAE teria atuado no estabelecimento das regras de leilões no setor de energia elétrica; na estruturação das concessões em rodovias federais; além de desempenhar papel importante na modernização dos principais portos do país; na regulação de serviços de água e esgoto e das tarifas postais. V. <<http://www.seae.fazenda.gov.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2007, p. 26 et seq.

contidos no Relatório de suas atividades, nota-se que a Secretaria busca demonstrar que a regulação proposta ou adotada é *ilícita* por desproporcionalidade, razão pela qual deveria ser abandonada. Sem ignorar que argumentos desta índole possuem maior poder persuasivo, parece importante ressaltar que o campo de atuação do advogado da concorrência os extrapola. Pode ele sugerir a troca de uma regulação lícita por outra que, também lícita, seja menos restritiva da concorrência. Trata-se de aspecto importante da atuação do advogado da concorrência, uma vez que a ilicitude concorrencial da regulação pública é hipótese restrita (v. capítulo terceiro).

5.4.3 A reforma do SBDC e a advocacia da concorrência

Dois Projetos de Lei rumorosos prometem ampliar ainda mais a atuação da SEAE como advogado da concorrência, fazendo-o, de forma oficial, o mais importante órgão público com esta função.

O PL nº 5.877/05, que remodela a estrutura institucional do Sistema Brasileiro da Concorrência, eliminando a SDE, estabelece como função precípua da SEAE a “advocacia da concorrência”. Daí lhe caber, de acordo com o art. 19: promover a concorrência no âmbito dos fóruns apropriados no Ministério da Fazenda, no âmbito de outros órgãos de governo e perante a sociedade de maneira geral (inc. I); opinar sobre as normas submetidas pelas agências reguladoras a consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência (inc. II); elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional (inc. III); identificar, analisar, elaborar estudos e propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos que afetem ou possam afetar a livre concorrência nos diversos setores econômicos do País (inc. IV); preparar anualmente relatório de avaliação das ações de governo no tocante aos progressos na implementação da política de defesa da concorrência (inc. V); e celebrar acordos e convênios com órgãos ou entidades públicas ou privadas, nacionais ou internacionais (inc. X).

Já o PL nº 3.337/04, que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, confere à SEAE mais

uma competência específica como “promotor” ou advogado da concorrência. Caber-lhe-á, nos termos do projeto de lei, emitir parecer sobre minutas de normas e regulamentos antes da sua disponibilização para consulta pública.²⁵⁹ A manifestação da SEAE deverá versar sobre os eventuais impactos nas condições de concorrência dos setores regulados (art. 18, §4º), mas não será vinculante para as agências. Na realidade, a SEAE já vem participando das consultas públicas das agências reguladoras — o projeto institucionaliza esta prática.

A concentração da advocacia da concorrência, pretendida por estes dois projetos de lei, possui vantagens já mencionadas em relação ao sistema anterior de compartilhamento de competências. Evita a sobreposição de tarefas que gera custos sociais desnecessários. Contribui, também, para a efetividade da advocacia da concorrência, uma vez que a organização estratégica desta atividade passa a caber ao único órgão que a desempenha, sendo-lhe possível avaliar mais corretamente no que devem ser gastos os recursos de que ele dispõe para tanto.

Contudo, ao menos no que respeita às competências estabelecidas no PL nº 5.877/05, há ainda escopo para que também o CADE atue como advogado da concorrência. Segue competindo ao CADE — no caso, ao Plenário do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, um dos órgãos que o compõe —, de acordo com o art. 9º do PL, “responder a consultas sobre matéria de sua competência” (inc. XV); “instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica” (inc. XVI); e “requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao

²⁵⁹ Art. 18. No exercício de suas atribuições, incumbe às Agências Reguladoras monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, nos termos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

§4º As Agências Reguladoras solicitarão parecer ao órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda sobre minutas de normas e regulamentos, quinze dias antes à sua disponibilização para consulta pública, para que possa se manifestar, no prazo de até trinta dias, sobre os eventuais impactos nas condições de concorrência dos setores regulados.

§5º O órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda deverá publicar no Diário Oficial da União e disponibilizar na sua sede e em seu sítio na Internet os pareceres emitidos em cumprimento ao §4º deste artigo, pelo prazo mínimo de um ano.

cumprimento desta Lei” (inc. IX).²⁶⁰ Já ao Presidente do Tribunal, cabe “firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais”, instrumentos que também podem ser usados para o desempenho desta função (art. 10, XI). Ainda mais claramente, é competência da Superintendência Geral do CADE “orientar os órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei” (inc. XIII); “desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica” (inc. XIV); e “instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica, e os modos de sua prevenção e repressão” (inc. XV).²⁶¹ Manteve-se, finalmente, a necessária intimação ao CADE, nos processos judiciais em que se discuta a aplicação da lei antitruste (art. 119).

Ao menos em teoria, portanto, segue sendo possível a existência de superposição de tarefas e duplicação de gastos. Melhor solução talvez tivesse sido aquela que concentrasse também a advocacia da concorrência em órgão interno ao CADE (ainda que um quarto órgão, ao qual coubesse apenas esta função). Em todo caso, é certo que a prática institucional poderá dirimir os efeitos negativos desta superposição de competências, por exemplo, através da troca de informações sobre as atividades desempenhadas por cada uma das entidades e os resultados alcançados em cada uma delas. Esta cooperação poderia evitar os riscos jurídicos e econômicos dos conflitos de opinião entre as duas entidades legitimadas à promoção e difusão da filosofia concorrencial.

5.5 A avaliação dos resultados da advocacia da concorrência

Do ponto de vista científico, um aspecto peculiar da advocacia da concorrência é a sua quase unânime aceitação no ambiente

²⁶⁰ Como se vê, o Projeto de Reforma da SBDC não resolve o problema relativo à interpretação que deve ser dada ao atual art. 7º, X, da Lei nº 8.884/94. O dispositivo correspondente no PL segue fazendo referência a duas formas verbais distintas (antes *requisitar* e *solicitar*; agora *requisitar* e *requerer*), circunstância que fará permanecer as dúvidas quanto ao seu sentido.

²⁶¹ Na exposição de motivos anexa ao Projeto de Lei, os então ministros Marcio Thomaz Bastos, Antônio Palocci Filho e Paulo Bernardo Silva destacam que o Superintendente-Geral da Agência passará a exercer a função de “promotor da concorrência” perante o Tribunal.

acadêmico e institucional. A atividade é vastamente elogiada e encorajada, muitas vezes de forma a destacar suas vantagens sobre o *enforcement* do direito antitruste ou o papel fundamental que ela teria a desempenhar nas economias emergentes. Fundamentalmente, nota-se que a advocacia da concorrência não suscita tanta controvérsia como a aplicação repressiva do direito antitruste.²⁶² Esta circunstância produz conseqüências negativas.

De logo, porque se adota um discurso quase unilateral e político de valorização da advocacia da concorrência; discurso no qual não cabem ressalvas às suas limitações e problemas. Note-se, entretanto, que a ênfase exagerada sobre a advocacia da concorrência poderia acabar por comprometer a realização de algumas finalidades públicas alheias ao processo concorrencial. Isto seria particularmente problemático nos setores regulados, em que a restrição concorrencial através da regulação pública é diversas vezes imperativa do ponto de vista social.²⁶³

Ademais disso, é preciso encarar as supostas vantagens da advocacia da concorrência sobre o *enforcement* do direito antitruste com algumas reservas. Enquanto aquela função é menos onerosa e menos litigiosa, é difícil negar que esta outra é, ao menos, mais *efetiva*, em razão do seu caráter autoritativo. A advocacia da concorrência não possui caráter vinculante. Os comentários do advogado da concorrência servem a fomentar o debate e oferecer uma perspectiva especializada em prol da concorrência, mas não há qualquer espécie de nulidade das políticas promovidas à sua revelia. Dito de outro modo, o advogado da concorrência pode sugerir ações específicas das demais entidades públicas, mas não pode compelir o regulador a adotá-las.

Reside precisamente nesta incerta *efetividade* da advocacia da concorrência o seu principal problema. Uma vez que a atividade da advocacia da concorrência implica a utilização de recursos públicos, é sempre necessário questionar, na expressão inglesa, *the*

²⁶² EVENETT; Simon J. Competition Advocacy: time for a rethink?. 26 *Northwestern Journal of International Law & Business*, p. 495, 2005-2006.

²⁶³ Ver, a propósito, o capítulo segundo desta dissertação.

value for money. É fundamental avaliar quais os resultados reais que têm sido obtidos a partir dos gastos públicos com o desempenho da advocacia da concorrência. A importância é dúplice. Numa perspectiva externa, esta avaliação contribui para o aumento da transparência e da *accountability* do advogado da concorrência. Numa perspectiva interna, ela permite uma melhor organização, pelo advogado da concorrência, dos seus recursos orçamentários e do seu pessoal e o estabelecimento de suas prioridades de atuação.

Eis aí, aliás, outro grande problema do ambiente acadêmico favorável à advocacia da concorrência, a que acima se fez referência: acaba-se negligenciando uma discussão *interna* a esta atividade, referente à contraposição de cada uma das técnicas utilizáveis e a avaliação de sua efetividade, de modo a identificar as melhores práticas. Trata-se de uma difícil avaliação. As evidências quantitativas do sucesso das medidas promotoras da concorrência são quase inexistentes. De um lado, é difícil produzir dados objetivos que permitam avaliar o aumento do grau de informação social sobre os benefícios da concorrência. De outro, a eventual retirada de uma proposta de regulação em que atuou o advogado da concorrência não é necessariamente um resultado do seu esforço: pode ter também derivado de outras variáveis atuantes no processo decisório do regulador.²⁶⁴

Uma alternativa é a adoção de pesquisas diante dos reguladores perante os quais se desempenhou a advocacia da concorrência. Estas iniciativas visariam a haurir informações do próprio regulador a quem se tentou influenciar, para avaliar a efetividade da empreitada. Assim, seria possível perguntar-lhes (i) se as informações que receberam foram úteis na decisão final de emitir ou não a regulação; (ii) se elas eram compreensíveis (linguagem clara); (iii) se algum peso foi dado às informações em razão de serem elas provenientes das entidades oficiais de defesa da concorrência; (iv) se as informações foram requisitadas ou não; (v) se novas informações seriam requisitadas no futuro, por ocasião de outras regulações; (vi) se as informações foram duplicadas (do CADE e

²⁶⁴ EVENETT, Simon J. Competition Advocacy: time for a rethink?. 26 *Northwestern Journal of International Law & Business*, p. 508, 2005-2006.

da SEAE, por exemplo).²⁶⁵ A depender das respostas obtidas, seria possível reorganizar a estratégia da advocacia da concorrência, restabelecer prioridades e aumentar a eficácia desta atividade.

Perceba-se, finalmente, que a efetividade da advocacia da concorrência depende em larga medida de uma cultura institucional e administrativa de cooperação mútua. Por isso mesmo, esta avaliação não pode ser importada e os seus resultados dependerão de circunstâncias peculiares a cada país.

5.6 Conclusão

A atuação do advogado da concorrência cumpre um papel fundamental no sistema de redução do impacto anticompetitivo da regulação estatal. Esta importância se evidencia em cada um de seus múltiplos campos de atuação: (i) na divulgação dos benefícios sociais da concorrência, (ii) no auxílio ao Poder Judiciário como *amicus curiae*, (iii) na cooperação institucional com o regulador, (iv) no seu efeito anticaptura, entre outros. Entretanto, merecem particular destaque os efeitos pró-competitivos da atuação do advogado da concorrência em âmbitos não atingidos pela aplicação repressiva (*enforcement*) do direito antitruste, como o *soft-law* e as condutas imunizadas pela regulação pública.

De todo modo, a advocacia da concorrência possui também limites e problemas. Seus limites estão ligados ao fato de constituir atividade meramente persuasiva, e não autoritativa. Seus problemas derivam das dificuldades de examinar a efetividade desta atuação *vis-à-vis* com a sua finalidade. Em específico, é necessário avaliar os custos envolvidos no desempenho desta função e ponderar os diferentes métodos e instrumentos disponíveis para este fim. Este capítulo sugeriu que uma das melhores formas de proceder a esta avaliação é promover pesquisas diante dos reguladores perante os quais se desempenhou a advocacia da concorrência. Este seria um passo essencial para o desenvolvimento desta atividade e, conseqüentemente, para o aumento da proteção concorrencial na ordem econômica brasileira.

²⁶⁵ As perguntas aqui propostas baseiam-se em pesquisa procedida pela Federal Trade Commission, relatada no artigo de: CELNICKER, Arnold C. The Federal Trade Commission's competition and consumer advocacy program. 33 *St. Louis University Law Journal*, p. 378, 1988-1989.

A imunidade antitruste decorrente da regulação pública

Sumário: **6.1** O objetivo e a estrutura deste capítulo - **6.2** A imunidade antitruste decorrente da regulação no direito estrangeiro - **6.2.1** O caso dos Estados Unidos - **6.2.1.1** A imunização decorrente da regulação estadual - **6.2.1.2** A imunização decorrente da regulação federal - **6.2.2** O caso da União Européia - **6.3** A imunidade antitruste decorrente da regulação no Brasil: o estágio atual - **6.3.1** A imunidade setorial à intervenção do CADE - **6.3.2** A imunidade antitruste propriamente dita na jurisprudência do CADE - **6.3.2.1** A política expressa e definida de substituição da competição - **6.3.2.2** A supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações - **6.3.2.3** A questão da compulsão como condição para a imunidade - **6.3.2.4** Balanço da jurisprudência do CADE - **6.4** Propostas para identificação de imunidades antitrustes no Brasil - **6.4.1** Um passo preliminar: o abandono da *State Action Doctrine* - **6.4.2** A adoção de um teste bifásico - **6.4.2.1** A primeira fase: a identificação de imunidades genéricas - **6.4.2.2** A segunda fase: a identificação de imunidades específicas - **6.4.2.2.1** As condutas compelidas por regulação estatal válida - **6.4.2.2.2** As condutas autorizadas por regulação estatal válida - **6.4.2.2.3** As condutas compelidas por regulação estatal inválida - **6.4.2.2.4** As condutas autorizadas por regulação estatal inválida - **6.5** Conclusão

6.1 O objetivo e a estrutura deste capítulo

Cuida-se finalmente de uma estratégia *indireta* para minimizar o impacto anticompetitivo da regulação: reprimir as condutas empresariais anticompetitivas que nela são compelidas, autorizadas ou encorajadas. Trata-se de tentar controlar os *efeitos* da regulação restritiva da concorrência. O óbice evidente à efetividade desta

estratégia é a chamada “imunidade antitruste” que pode decorrer deste respaldo regulatório.²⁶⁶

Assim, o essencial, neste capítulo, é esclarecer os casos em que esta imunidade de fato se verifica. A idéia é que a compreensão excessivamente ampla de tais hipóteses daria ensejo a restrições concorrenciais *mais intensas* do que o necessário para a realização das finalidades das políticas públicas antes referidas.

Será exposto o entendimento do CADE sobre o tema (item 6.3), mas também serão apresentadas algumas sugestões para permitir a sua evolução (item 6.4). Antes de ingressar no caso brasileiro, contudo, apresentam-se as disciplinas americana e europeia sobre imunidades antitruste (item 6.2). Esta exposição do direito estrangeiro é, aqui, particularmente relevante. No caso do exemplo americano, porque ele influencia diretamente o CADE, que afirma adotá-lo. No caso do exemplo europeu, porque ele permite reflexões importantes para o desenvolvimento do posicionamento brasileiro.

6.2 A imunidade antitruste decorrente da regulação no direito estrangeiro

Nesta primeira parte, serão apresentadas as condições da imunidade antitruste decorrente da regulação pública nos Estados Unidos (item 6.2.1) e na União Européia (item 6.2.2).

6.2.1 O caso dos Estados Unidos

O tratamento dispensado pela jurisprudência americana para esta matéria difere conforme a regulação imunizante tenha origem estadual ou federal. No primeiro caso, a Suprema Corte utiliza o já consagrado *Midcal Test*. Para a imunidade decorrente da regulação federal, o entendimento é menos claro.

²⁶⁶ Esta imunidade possui justificativa dúplice. Sob a perspectiva pública, a sua ausência comprometeria a efetividade da política pública que depende do afastamento da concorrência. Afinal, em grande parte dos casos, os objetivos destas políticas só podem ser atingidos através de condutas empresariais que são impostas, autorizadas ou encorajadas pela regulação correspondente. Sob a perspectiva privada, a justificativa da imunidade antitruste reside na proteção da segurança jurídica e das legítimas expectativas que decorrem, para o regulado, do agir estatal. No exemplo extremo, não é razoável que uma empresa seja responsabilizada pelo mero fato de cumprir uma imposição regulatória.

6.2.1.1 A imunização decorrente da regulação estadual

De acordo com a jurisprudência da Suprema Corte americana, a imunidade antitruste decorrente da regulação estadual depende da aplicação de um teste bifásico denominado *Midcal Test*. Sua enunciação é bastante simples: a conduta dos agentes privados está isenta de implicações decorrentes da disciplina antitruste federal sempre e quando tenha sido realizada de acordo com regulação estadual (i) *claramente articulada* (*clearly articulated*) e (ii) *efetivamente supervisionada* (*actively supervised*).

O nome do teste é uma referência ao caso *California Retail Liquor Dealers v. Midcal Aluminium*, em que ele se consolidou.²⁶⁷ Uma lei da Califórnia obrigava os produtores locais de vinho a fixar o preço de revenda a ser adotado pelos revendedores, que seriam sancionados em caso de desrespeito. Mas este estado americano não possuía qualquer controle sobre o preço estabelecido para os vinhos, ou mesmo sobre a sua razoabilidade. Valiam incontra-damente os preços estipulados unilateralmente pelos produtores. Em sua decisão, a Suprema Corte observou que, a despeito de se tratar de uma política claramente articulada pela lei estatal, não havia *efetiva supervisão* a garantir que os preços eram fixados levando em consideração os interesses dos consumidores. Assim, não derivava do esquema regulatório qualquer imunidade às condutas privadas.²⁶⁸

O *Midcal Test* envolve um exame tanto do *modo de promulga-ção* da política regulatória, como de sua efetiva *implementação*. O seu primeiro requisito, a *clara articulação*, liga-se à necessidade de verificar se a conduta anticompetitiva em questão é produto de

²⁶⁷ Notem-se as hesitações anteriores nos casos *Goldfarb v. Virginia* (1975) 421 U.S. 773; *Cantor v. Detroit Edison* (1976) 428 U.S. 579; *Bates v. State Bar of Arizona* (1977) 433 U.S. 350.

²⁶⁸ Cf. *California Retail Liquor Dealers v. Midcal Aluminium*, (1980) 445 U.S. 97. São trechos relevantes da decisão: "First, the challenged restraint must be 'one clearly articulated and affirmatively expressed as state policy'; second, the policy must be 'actively supervised' by the state itself (...) [In this case] The state neither establishes prices nor reviews the reasonableness of the price schedules; nor does regulate the terms of fair trade contracts. The state does not monitor market conditions or engage in any 'pointed re-examinations' of the program. The national policy in favour of competition cannot be thwarted by casting such a gauzy cloak of state involvement over what is essentially a private price-fixing arrangement".

deliberada política estadual de afastamento da concorrência.²⁶⁹ Trata-se de avaliar a *intencionalidade* do Estado em afastar a disciplina concorrencial, como modo necessário para realização da finalidade pretendida.²⁷⁰ O princípio é o de que a concorrência é a regra, devendo ser interpretadas restritivamente estas condições que justificam a imunidade.²⁷¹

O segundo elemento do *Midcal Test* tem natureza factual: a *efetiva supervisão* que deve ser promovida pelo estado da federação. O objetivo é garantir que ele mantenha as conseqüências da sua política sob o seu controle, evitando, assim, que elas terminem por servir aos interesses privados dos regulados, antes que aos interesses da coletividade. Assim, é necessário demonstrar o efetivo exercício de fiscalização destas condutas. Nem mesmo é bastante que se enunciem normativamente formas de controle e instituições para tanto competentes: é sempre necessário demonstrar que estes poderes de fiscalização são, *de fato*, exercidos, para que disto resulte alguma isenção antitruste.

Nos Estados Unidos, a imunidade antitruste das condutas empresariais é conseqüência da imunização da própria regulação estadual. É a fração privada da *State Action Doctrine*, cuja fração pública se apresentou no capítulo terceiro. Rememorando que a

²⁶⁹ Para Phillip Areeda e Herbert Hovenkamp, “adoption of a policy requiring a state to make a clear statement of its intention to supplant competition reconciles the interests of the states in adopting noncompetitive policies with the strong national policy favouring competition (...) it ensures that the strong federal policy embodied in the antitrust laws will not be set aside where not intended by the state, and yet also guarantees that the state will not be prevented by the antitrust laws alone from supplanting those laws as long as it makes its purpose clear” (In: *Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application*. 2. ed. Aspen Pub, 2000. p. 374).

²⁷⁰ No “Report of the State Action Task Force” de Setembro de 2003, a Federal Trade Commission critica o fato de que algumas Cortes inferiores estariam aplicado o teste “with little or no evidence that the state intended to restrain competition (...) In assessing state policy, the key question is whether the State as sovereign clearly intends to displace competition in a particular field with a regulatory structure” (In: Report of the State Action Task Force, da Federal Trade Commission. Disponível em: <<http://www.ftc.gov>>, p. 01. Acesso em: 26 dez. 2006).

²⁷¹ Para Andrea Filippo Gagliardi, “the purpose of the state action doctrine is to determine the degree of the state’s intervention necessary (...) [to exempt] private parties’ anti-competitive conduct” (In: United States and European Union Antitrust versus State Regulation of the Economy: is there a better test?. *European Law Review*, 25(4), p. 355, 2000. Não há um método bem-definido para verificar a clara articulação, embora muitas vezes se examine a previsibilidade (“foreseeability”) dos efeitos anticompetitivos da medida. A intenção de deslocar a concorrência não precisa, contudo, estar explícita na regulação. A propósito, v. *Town of Hallie v City of Eau Claire*, 471 U.S. 34, 42-43; e *City of Columbia v Omni Outdoor Advertising* 499 U.S. 365.

ratio desta doutrina é a preservação das escolhas políticas do estado soberano, é fácil notar que o teste bifásico acima apresentado é uma forma de verificar que as ações em análise decorrem desta vontade soberana estadual.

Registre-se, enfim, que, até a metade da década de 80, houve bastante controvérsia a propósito da amplitude da imunidade prevista na *State Action Doctrine* para as condutas privadas. Alguns autores sustentavam que a imunidade só se aplicaria para as condutas *compelidas* pelo Estado. Tratando-se de mera autorização, aprovação ou mesmo incentivo (sempre que houvesse alguma margem de liberdade para os particulares), a conduta estaria sujeita à disciplina antitruste.²⁷² Este entendimento derivava de uma das possíveis leituras de algumas decisões da Suprema Corte.²⁷³

Em 1985, contudo, a própria Corte desfez o mal-entendido na decisão do caso *Southern Motor Carriers v. United States*, em que se afirmou que a compulsoriedade não é condição para a aplicação da imunidade antitruste aos atos dos particulares²⁷⁴ — ela dependerá apenas da verificação dos dois requisitos do *Midcal Test*. Verificados eles, é bastante que o Estado autorize, aprove ou mesmo incentive determinado ato para que ele não possa ser atacado sob o argumento de violação às regras concorrenciais americanas.

6.2.1.2 A imunização decorrente da regulação federal

Diverso é o caminho percorrido pela Suprema Corte americana para o desenlace dos casos que envolvem a aplicação da disciplina antitruste aos setores regulados por autoridades federais. Trata-se, nesta hipótese, de examinar as competências reguladoras das

²⁷² Era esta a posição de HJELMFELT, David C. *Antitrust and regulated industries*. New York: John Wiley & Sons, 1985, p. 287 et seq. “There is no state action exemption when the state’s activity is merely that of permitting or approving private action. Rather, the action must be compelled by the state”.

²⁷³ V., especialmente, *Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773 (1973); *Cantor v. Detroit Edison Co.*, 428 U.S. 579 (1976) e *California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal Aluminum, Inc.*, 445 U.S. 97 (1980).

²⁷⁴ *Southern Motor Carriers v. United States*, 471 U.S. 48 (1985). Eis o trecho da decisão a que se faz referência: “Although Goldfarb did employ language of compulsion, it is beyond dispute that the Court would have reached the same result had it applied the two-pronged test later set forth in *Midcal*. (...) Although we recognize that the language in *Goldfarb* is not without ambiguity, we do not read that opinion as making compulsion a prerequisite to a finding of state action immunity”.

agências estatais federais, para avaliar se elas implicam o afastamento da aplicação do direito antitruste. A tensão não se verifica entre o direito antitruste federal e a regulação (ação política) estadual, mas entre aquele e a regulação setorial (também federal).

Neste particular, é necessário levantar duas possibilidades. Na primeira delas, a legislação confere *explícita* imunidade antitruste ao setor respectivo ou a alguns de seus aspectos. Assim sucede em relação a inúmeras atividades como a agricultura e alguns esportes, mercados como o de seguros e de trabalho e os setores bancário, energético, de comunicações e de transporte.²⁷⁵

Na segunda situação, não há imunidade explícita e o desafio passa a ser o de examinar a compatibilidade da disciplina antitruste com o esquema regulatório estabelecido na lei. Nesta hipótese, a doutrina americana não identificou nenhum teste preciso nem elaborou qualquer teoria específica.²⁷⁶ No Brasil, contudo, o Professor Calixto Salomão Filho sustenta ser possível divisar alguma racionalidade na atuação da Suprema Corte, fazendo menção ao que denomina *Pervasive Power Doctrine* ou *Teoria do Poder Amplo*.²⁷⁷

A teor do que propugna a mencionada teorização, a imunidade decorreria de duas e apenas duas hipóteses: o poder da agência em questão deve ser *profundo* ou *extenso* o suficiente para afastar

²⁷⁵ V., entre outros, o *Capper-Volstead Agricultural Producers' Associations Act* (para a agricultura), o *McCarran-Ferguson Act* (setor de seguros), o *Sports Broadcasting Act* (esportes), os *Bank Merger Acts* de 1960 e 1966 (setor bancário), o *Communications Act* (comunicações), o *Department of Energy Organization Act* e vários outros (setor energético), o *Interstate Commerce Commission Termination Act*, o *Federal Aviation Act* e o *Shipping Act* (setor de transportes).

²⁷⁶ Em seu discurso proferido no dia 10 de dezembro de 2002, em Nova York, o então Chairman da FTC, Timothy J. Muris, afirma haver apenas duas doutrinas sobre imunidades “que ajudam a proteger e promover o crescimento regulatório”: a Noerr-Pennington Doctrine e a State Action Doctrine (In: Looking Forward: The Federal Trade Commission and the Future Development of U.S. Competition Policy. *Columbia Business Law Review* 363, 2003).

²⁷⁷ Não há referências explícitas à “Pervasive Power Doctrine” nem na doutrina, nem na jurisprudência americana. Por outro lado, embora muitos textos brasileiros se refiram a esta mesma teoria, todos eles seguem os textos de Salomão Filho, não havendo referências bibliográficas adicionais. As considerações do professor brasileiro podem ser encontradas em: *Direito Concorrencial*: as estruturas. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002 (em especial, p. 213-215); *Regulação da atividade econômica*: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo, Malheiros, 2001 (em especial, p. 138-139); “Regulação e Antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro”. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes et al. (Org.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002. (em especial p. 132-133).

qualquer competência concorrente.²⁷⁸ Ambas as características deste poder conferido às agências cabem no signo “amplo” que designa a teoria. É esta amplitude (*pervasiveness*) que justifica o afastamento da disciplina antitruste.

A primeira hipótese de conferência de imunidade antitruste setorial por força da atuação de uma agência reguladora federal dar-se-ia quando o poder que lhe é conferido por lei fosse “suficientemente profundo” para que se identifique o intuito de substituição do sistema concorrencial. A profundidade em questão corresponde a uma característica muito bem definida: a detenção tanto de poderes regulatórios como de aplicação da lei antitruste. Neste passo, os poderes conferidos a uma agência federal são tidos por “suficientemente profundos” *quando envolverem competências concorrenciais autônomas*. Seria desnecessário, afinal, que as suas ações fossem submetidas ao escrutínio adicional da entidade de defesa da concorrência (FTC, nos EUA), quando a avaliação relativa à disciplina concorrencial já foi promovida pela agência federal em questão, que para tanto é competente.²⁷⁹ Isto resultaria em gastos

²⁷⁸ Embora não se refira à “Pervasive Power Doctrine”, nem a poderes “amplos” ou extensos”, a sumarização de Herbert Hovenkamp do posicionamento da Corte para identificar a imunidade implicitamente decorrente da regulação federal é semelhante à do professor paulista. Confira-se: “implied federal immunity is a more difficult concept. It exists when the statute in question does not expressly confer an antitrust immunity, but immunity seems necessary if we are to avoid conflicts between regulatory and antitrust requirements. In general, courts try to ensure that application of the antitrust laws does not interfere with the agency’s ability to do its proper job. In addition, they are more likely to find an immunity if the agency itself considered competitive concerns in making its decision. This is not always the case. (...) By contrast, where the regulatory regime controls such things as pricing, entry by new firms, joint market behaviour, mergers, or possible exclusionary practices, antitrust immunity may be essential if regulatory goals are not to be frustrated” (In: Antitrust and the regulatory enterprise. *Columbia Business Law Review*, p. 345, 2004).

²⁷⁹ Assim, em *PanAmerican World Airways v. United States*, a Suprema Corte americana rejeitou a argumentação de que a companhia aérea teria violado previsões do *Sherman Act* em arranjo por meio do qual compartilhava com a W.R. Grace & Co. o controle de outra companhia, a Panagra. A decisão fundamentou-se no fato de que o art. 411 do Federal Aviation Act conferia ao Civil Aeronautic Board (Agência Federal responsável pela regulação da aviação civil nos Estados Unidos) amplo poder de investigação e condenação de práticas desleais e condutas anticompetitivas, incluindo aquelas alegadas na ação do governo americano. Assim, o Civil Aeronautic Board era competente para avaliar a licitude das condutas em questão perante o direito antitruste e, como as havia autorizado, não haveria razão para a Corte substituir o julgamento da agência federal pelo seu próprio. Em suma, “Whether or not transactions of that character meet the standards of competition and monopoly provided by the Act is peculiarly a question for the Board” (in *Pan American World Airways, Inc. v. United States*, 371 U.S. 296, 309 (1963)). A Corte reafirmou esta conclusão no caso *Hughes Tool Co. v. Trans World Airlines, Inc.*, 409 U.S. 363 (1973), voltando a declarar a imunidade antitruste dos atos autorizados pela Civil Aeronautic Board.

públicos desnecessários, para não mencionar os potenciais riscos de atritos entre autoridades públicas de mesmo grau hierárquico.²⁸⁰

Ressalte-se que, a exemplo do que ocorre na segunda fase do teste do *Midcal Test*, a profundidade que ora se comenta é verificada factualmente. Isto significa que só haverá imunidade antitruste quando a competência antitruste eventualmente conferida à agência federal em questão esteja sendo efetivamente promovida. Portanto, não bastará referir ao texto de lei que lhe confere competência antitruste. Será sempre necessário demonstrar que se procedeu à consideração dos aspectos concorrenciais envolvidos na ação em pauta.²⁸¹

A segunda hipótese já adiantada é a verificação de conferência de poderes suficientemente *extensos* para que se cogite do afastamento da aplicação externa da disciplina concorrencial. Isso se verifica ou quando a lei é explícita no afastamento da disciplina antitruste ou, de forma implícita, quando há uma clara intenção legislativa de substituição do sistema concorrencial pela racionalidade regulatória. A extensão referida por Calixto Salomão Filho, portanto, corresponde à feição do poder regulatório que é concedido (implícita ou explicitamente) como *substituto* da racionalidade concorrencial.²⁸² Há, aqui, uma clara semelhança

²⁸⁰ Cf., a propósito, *Ricci v. Chicago Mercantile Exchange*, 409 U.S. 289 (1973). Já no caso *United States v. National Association Securities Dealers*, ao examinar os poderes regulatórios da Securities Exchange Commission (SEC) sob o *Maloney Act*, a Suprema Corte ponderou o seguinte: “maintenance of an antitrust action for activities so directly related to the SEC’s responsibilities poses a substantial danger that appellees would be subjected to duplicative and inconsistent standards. This is hardly a result that Congress would have mandated” in *United States v. National Association Securities Dealers*, 422 US 694, 735.

²⁸¹ No caso *United States v. National Association Securities Dealers (NASD)*, 422 US 694 (1975), a Suprema Corte foi levada a examinar se a autoridade regulatória conferida ao *Securities and Exchange Commission* (SEC) pelo *Maloney Act* seria suficientemente ampla para deslocar a aplicação do direito antitruste. Em sua avaliação, a Corte respondeu afirmativamente, destacando que a SEC dispunha de poderes legais antitruste e que, no exercício de sua continuada supervisão sobre o setor, ponderava *repetidamente* preocupações concorrenciais (“it repeatedly has indicated that it weighs competitive concerns in the exercise of its continued supervisory responsibility”). Logo em seguida, a Corte reitera: “There can be little question that the broad regulatory authority conferred upon the SEC by the Maloney and Investment Company Acts enables it to monitor the activities questioned in Count I, and the history of Commission regulations suggests no laxity in the exercise of this authority. To the extent that any of appellees’ ancillary activities frustrate the SEC’s regulatory objectives it has ample authority to eliminate them” (destaque nosso, in *United States v. National Association Securities Dealers*, 422 US 694, 734).

²⁸² Cf. *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321, 350 (1963); *California v. FPC*, 369 U.S. 482, 485 (1962); *Georgia v. Pennsylvania R. Co.*, 324 U.S. 439, 456-457 (1945); *United States v. Borden Co.*, 308 U.S. 188, 198 (1939).

com a primeira fase do teste da *State Action Doctrine*. Em ambos os casos, trata-se de avaliar a existência de uma ação política que culmina na necessária subtração de determinado setor da economia à disciplina antitruste.²⁸³

6.2.2 O caso da União Européia

O posicionamento da Corte Européia de Justiça (CEJ) é bastante mais nuançado que o americano. Isso é uma consequência da possibilidade de ilicitude concorrencial da regulação estatal, hipótese inexistente no caso americano (cf. cap. 3). Este posicionamento

²⁸³ O exame do julgamento da Suprema Corte em *Silver v New York Exchange*, 373 U.S. 341, ajuda a compreender a aplicação efetiva do teste da “Teoria do Poder Amplo”. A Bolsa de Nova Iorque havia determinado que os seus membros suprimissem as ligações telefônicas diretas com alguns operadores não membros, aos quais não se havia concedido qualquer aviso prévio ou oportunidade de manifestação. Um dos operadores prejudicados decidiu acionar a Bolsa, fundamentando a ação na violação dos artigos 1º e 2º do *Sherman Act*. O operador argumentava que o dever de auto-regulação imposto à Bolsa pelo *Securities Exchange Act* (SEA) de 1934 não a eximia da disciplina antitruste nem justificava a supressão abrupta por ela determinada. De início, a Suprema Corte destacou que, embora o SEA conferisse à *Securities and Exchange Commission* (SEC) o poder genérico de aprovar ou desaprovar as regras estabelecidas em auto-regulação pelas Bolsas de Valores, não lhe concedia poderes específicos para resolver conflitos que pudessem advir da aplicação de tais regras. Fundamentalmente, não havia, no esquema regulatório desenhado na lei, nada que desempenhasse a função antitruste de garantir que uma Bolsa de Valores não aplicaria as suas regras de modo a violar a concorrência, sem que isso pudesse ser justificado por alguma finalidade regulatória legítima. Essa carência de “poderes jurisdicionais” indica que, nos termos eleitos por Calixto Salomão Filho, os poderes da SEC não eram suficientemente “profundos”. Sob o prisma da “profundidade”, portanto, não se justificaria a concessão de imunidade antitruste setorial neste caso. Esta circunstância reduziu o caso à “extensão” do poder regulatório conferido pelo SEA. Neste particular, a Suprema Corte promoveu a análise do caso em duas fases. Na primeira delas (fase genérica), examinou se o esquema regulatório promovido pelo SEA seria suficientemente amplo para criar uma imunidade total do setor em relação à aplicação da disciplina antitruste (“sufficiently pervasive to create a total exemption from the antitrust laws”). Em seguida (fase específica), cogitou-se a necessidade de aplicar a imunidade para o ato específico questionado pelos reclamantes. A conclusão da corte foi negativa para ambos os casos. No que respeita ao exame genérico da imunidade antitruste sob o âmbito do SEA, a Corte iniciou por observar que esta legislação não conferia nenhuma imunidade antitruste explícita ao setor bursátil. Por esta razão, a questão passaria a ser a da existência de uma imunidade implícita, que só é admissível quando (e na medida exata em que) a aplicação da legislação antitruste comprometa a consecução dos objetivos regulatórios. De fato, a imunidade deve ser encarada como uma exceção e só será possível identificá-la quando se puder demonstrar clara incompatibilidade entre a disciplina antitruste e o sistema regulatório estabelecido na lei. Esta incompatibilidade não é verificável no caso do SEA, em que a aplicação da disciplina antitruste em nada compromete o atingimento das finalidades regulatórias. Por fim, em relação à necessidade de aplicação da imunidade ao ato específico questionado pelos operadores prejudicados, a Corte observou que a maneira de que a decisão foi tomada pela Bolsa de Nova Iorque foi absolutamente injustificável do ponto de vista regulatório.

europeu foi esclarecido no caso *Conorzio Industri Fiammiferi (CIF)*,²⁸⁴ julgado em novembro de 2003.

A primeira observação necessária é a de que quando a regulação nacional é lícita perante as regras comunitárias, a conduta promovida em conformidade com elas será, também, sempre lícita. A chamada *State Action Defense*²⁸⁵ é, nesta hipótese, *amplíssima*. A empresa em questão poderá se defender da eventual acusação de violação das normas antitruste comunitárias por meio de mera alusão à regulação nacional que a compelia, autorizava ou encorajava.

Sendo a regulação nacional contrária às regras do Tratado, a aplicação da imunidade antitruste às condutas privadas depende de que se dividem as seguintes situações: (i) a regulação nacional impõe determinada conduta; (ii) a regulação nacional apenas favorece, facilita ou autoriza determinada conduta. Do mesmo modo, é relevante que sejam apartadas (i) as condutas realizadas antes da decisão de ilicitude da regulação nacional; (ii) as condutas realizadas depois desta decisão.

²⁸⁴ Case C-198/01 *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* [2003] ECR I-8055. O CIF era uma consórcio de produtores italianos de fósforos, criado por meio de Decreto Real que lhe conferia o direito exclusivo de produção dos fósforos necessários para consumo no mercado nacional italiano (monopólio comercial). Por meio de convenção anexa ao Decreto firmada com o CIF, o Estado Italiano se comprometia a proibir a atuação no mercado de empresas que não compusessem o CIF, bem como a fixar o preço de venda dos fósforos. Ao CIF cabia garantir o pagamento dos tributos envolvidos na fabricação dos fósforos. A configuração inicial do sistema sofreu algumas alterações com o passar do tempo. Em 1970, a Corte Constitucional considerou-o inconstitucional, por violação à liberdade de iniciativa econômica. Em 1983, novo Decreto estatal aprovou nova Convenção entre o CIF e o Estado italiano, liberando a entrada de novas empresas no CIF, desde que elas obtivessem uma licença da Administração (regulação da entrada do mercado). Apenas em 1993, no entanto, por força de Decreto-Lei, a participação no CIF deixou de ser obrigatória para empresas que desejassem atuar neste mercado. Alguma controvérsia remanesceu, todavia, em relação à natureza obrigatória ou voluntária da inscrição no CIF, depois dessa data, para os produtores de fósforo que já eram seus membros. O caso veio à apreciação da autoridade antitruste italiana (*Autorità garante della concorrenza*) por meio de denúncia de um produtor alemão de fósforos, que relatava dificuldades para ingressar no mercado italiano e apontava violações às regras concorrenciais do Tratado. Sobre este caso, v. WAINWRIGHT, Richard; BOUQUET, André. *State intervention and action in EC competition law*. In: HAWK, Barry (Ed.). *International Antitrust Law & Policy*. Fordham Corporate Law 2003. New York: Juris, 2003; KORAH, Valentin. *An introductory guide to EC Competition law and practice*. Portland: Hart, 2004. p. 196-198.

²⁸⁵ A *State Action Defense* é estratégia de defesa utilizada pelos acusados de violação às normas de proteção da concorrência. Ela consiste na invocação de medida do Estado Membro que imponha, favoreça ou facilite a ação do particular, para esquivar-se da imputação de ilicitude. O essencial é demonstrar que a conduta em questão encontra-se respaldada na normatização estatal.

Considere-se, primeiramente, a hipótese em que a conduta anticompetitiva foi compelida pela regulação nacional. O princípio geral foi estabelecido em *Ladbroke*, em que a Corte decidiu que as regras antitruste comunitárias apenas se aplicam às condutas anticompetitivas promovidas pelas empresas de forma espontânea (*on their own initiative*).²⁸⁶ Entretanto, a Corte esclareceu que esta imunidade só era válida para condutas promovidas *antes* da decisão que estabelecesse a incompatibilidade da regulação nacional com o direito comunitário. Após esta decisão, as empresas não mais poderiam basear a licitude de suas condutas nesta regulação para escapar da responsabilidade antitruste. Elas terão que ignorar a regulação nacional, ou poderão ser responsabilizadas face ao direito comunitário.

A Corte é ainda menos leniente para os casos de condutas não compelidas pela regulação nacional, mas apenas por ela autorizada, favorecida, facilitada ou encorajada. Nestas circunstâncias, não há imunidade antitruste, *nem antes nem depois* da decisão de sua incompatibilidade com o direito comunitário. Quando a regulação nacional permite alguma autonomia para as empresas e elas *optam* pela conduta anticompetitiva, elas serão punidas por esta infração. A Corte considera que as condutas privadas estariam restringindo a *concorrência residual*,²⁸⁷ aquela que restou após a regulação nacional.

Esta solução produz algumas dificuldades, especialmente no que concerne à sua compatibilidade com a proteção da

²⁸⁶ Cases C-359/95 and 379/95P *Commission and France v. Ladbroke Racing Ltd.* [1997] ECR I-6265, para. 33. Richard Wainwright e André Bouquet noticiam que o entendimento é criticado pela Comissão Europeia: "In line with its position before *Ladbroke*, the Commission argued that even if the existence of national rules contrary to the Treaty could influence the ability to impose fines, and undertaking had to contest the national rules which were contrary to the treaty, because of the primacy of community law" (In: State intervention and action in EC competition law. In: HAWK, Barry (Ed.). *International Antitrust Law & Policy*; Fordham Corporate Law 2003. New York: Juris, 2003. p. 553-554). Para o Advogado Geral Jacobs, a sugestão da Comissão Europeia corresponde a impor à empresa "the duty to enforce Community law which rather belongs to Community and national authorities" (cf. Opinion of the Advocate General Jacobs, Case C-198/01 *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* [2003] ECR I-8055, para. 50).

²⁸⁷ Cesare RIZZA, "The duty of national competition authorities to disapply anti-competitive domestic legislation and the resulting limitations on the availability of the state action defence (Case C-198/01 CIF)", 25(2) *European Common Law Review* 126, 2004, p. 128.

legítima expectativa do cidadão, tratada na Europa como direito fundamental.²⁸⁸ Se é legítimo esperar que a regulação nacional seja lícita perante as normas comunitárias, poder-se-ia defender que nenhuma conseqüência negativa decorresse desta expectativa. Para mitigar este problema, a Corte Europeia de Justiça ressaltou, ainda no caso *Conorzio Industri Fiammiferi (CIF)*, que poderão incidir atenuantes²⁸⁹ nas penalidades impostas, a depender do conteúdo da legislação e da conduta promovida pelas empresas em questão.²⁹⁰ Para além disso, as empresas que acabarem sendo penalizadas por condutas autorizadas, facilitadas ou encorajadas na regulação nacional poderão pleitear reparação dos danos perante o Estado Membro que originou esta normatização.²⁹¹

6.3 A imunidade antitruste decorrente da regulação no Brasil: o estágio atual

Há um esclarecimento inicial necessário para que se possa tratar da disciplina jurídica brasileira referente ao tema objeto deste capítulo. É preciso aludir a uma imprecisão semântica que tem levado a algumas incompreensões. Entre nós, a expressão “imunidade antitruste decorrente da regulação” tem sido usada, no discurso corrente, em dois sentidos bastante diferentes.

²⁸⁸ Cf. SCHWARZE, Jürgen. *European Administrative Law*. London: Sweet and Maxwell, 1992. p. 867.

²⁸⁹ “Such attenuating circumstance can of course only be contemplated where there is some doubt about the unlawfulness of the agreement or behaviour” (WAINWRIGHT, Richard; BOUQUET, André. State intervention and action in EC competition law. In: HAWK, Barry (Ed.). *International Antitrust Law & Policy*: Fordham Corporate Law 2003. New York: Juris, 2003. p. 553-554).

²⁹⁰ Eis o trecho da decisão a que se faz referência: “In ogni caso, l’autorità nazionale garante della concorrenza può infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti pregressi qualora questi siano stati semplicemente facilitati o incoraggiati da quella normativa nazionale, pur tenendo in debito conto le specificità del contesto normativo nel quale le imprese hanno agito. A questo proposito, nel momento della determinazione del livello della sanzione, il comportamento delle imprese interessate può essere valutato alla luce della circostanza attenuante costituita dal contesto giuridico interno” (in Case C-198/01 *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* [2003] ECR I-8055, summary).

²⁹¹ V. Cases C-6/90 e C-9/90 *Francoovich* [1991] ECR I-5357, assim como os Cases C-46/93 e C-48/93 *Brasserie du Pêcheur and Factortame* [1996] ECR I-1029. Cf., também Cesare RIZZA, “The duty of national competition authorities to disapply anti-competitive domestic legislation and the resulting limitations on the availability of the state action defence (Case C-198/01 *CIF*)”, 25(2) *European Common Law Review* 126, 2004, p. 129.

No primeiro sentido, a expressão parece mal empregada. Trata-se de aludir à *subtração da competência específica do CADE* para atuar em determinado setor da economia. Rigorosamente, esta hipótese não corresponde a efetiva “imunidade antitruste”, mas apenas a uma “imunidade ao escrutínio do CADE”.²⁹² Afinal, afastada a competência deste Conselho, é possível que o direito antitruste (na acepção de conjunto de normas de proteção à concorrência) siga sendo aplicado, ainda que por entidade pública diversa e mesmo que através de normas distintas daquelas constantes na Lei nº 8.884/94.

No segundo sentido, a expressão “imunidade antitruste” está empregada propriamente. Indica a não-incidência do direito concorrencial sobre todo um setor da economia ou sobre algumas ações empresariais especificamente reguladas. Nesta hipótese, as regras protetivas da competitividade dos mercados — sejam ela de ordem constitucional ou infraconstitucional, constantes ou não da Lei nº 8.884/94 — são inaplicáveis, por força de respaldo regulatório (*imunidade antitruste propriamente dita*).

Esta distinção entre as duas acepções que a expressão “imunidade antitruste” tem assumido é bastante relevante. Afinal, para cada um dos casos acima correspondem ponderações jurídicas particulares. A despeito disto, a distinção tem sido pouco atentada e é freqüente que as duas hipóteses sejam misturadas.

Note-se que é no segundo sentido (de imunidade propriamente dita) que o tema interessa a esta dissertação. É a compreensão excessivamente ampla de *suas* hipóteses que pode levar a restrições concorrenciais injustificadas. Daí porque serão elas examinadas mais detidamente (todos os itens a partir do 6.3.2). De todo modo, cabem também algumas rápidas observações sobre a imunidade específica à intervenção do CADE (item 6.3.1 a seguir).

²⁹² Esta mesma confusão entre “incidência do direito antitruste” e “competência da autoridade antitruste” é referida pela doutrina francesa para afastar a idéia de que a normatização protetiva da concorrência não se aplicaria às entidades públicas. A idéia é a de que também nestes casos o direito antitruste incidirá — apenas a sua aplicação não caberá ao Conselho da Concorrência, mas à jurisprudência administrativa. V., a propósito, CHARBIT, Nicolas. *Le droit de la concurrence et le secteur public*. Paris: Harmattan, 2002. p. 86 et seq.; DESTOURS, Stéphane. *La soumission des personnes publiques au droit interne de la concurrence*. Paris: Litec, 2000. p. 41-42.

6.3.1 A imunidade setorial à intervenção do CADE

Historicamente, esta questão tem sido enfrentada em casos referentes a atos de concentração de empresas atuantes em setores regulados por uma autoridade pública específica (v.g., uma “agência reguladora”). Normalmente estes atos de concentração chegam ao CADE após já terem sido autorizados pelo regulador. Põe-se então a questão de saber se caberia a este Conselho um exame adicional.

O CADE vem resolvendo estes casos mediante análise das disposições da legislação setorial correspondente, em especial das competências atribuídas à autoridade reguladora. Invariavelmente, o entendimento do Conselho tem sido o de que essas legislações não lhe retiram a competência para atuação nos setores regulados.

Em um dos mais importantes casos em que esta questão foi discutida, o CADE decidiu que as atribuições regulatórias e anti-truste do Banco Central sobre o sistema financeiro não excluam as suas próprias.²⁹³ Várias outras decisões caminharam neste mesmo sentido.²⁹⁴

Não cabe aqui problematizar cada uma destas decisões, mas é possível fazer algumas observações importantes. Em primeiro lugar, é necessário esclarecer que a subtração da competência específica do CADE, quando feita por lei, não encontra óbices constitucionais.

²⁹³ A referência é ao chamado “Caso Finasa”; Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09. Conselheira Relatora: Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva. Requerentes: Banco Finasa de Investimento S/A; Brasmetal Industrial S/A e Zurich Participações e Representações Ltda. *DOU*, 21/12/2001. Sobre a decisão do Caso Finasa, há vasta bibliografia. Consulte-se, por exemplo: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; ROCHA; Paulo Todescan Lessa. *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002; GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andréa. CADE vs. BACEN: conflitos de competência entre autarquias e a função da advocacia-geral da União. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 53, n. 135, p. 7-25, jul./set. 2004; e MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. Conselho administrativo de defesa econômica (CADE) e Banco Central do Brasil (BACEN): concorrência e regulação no sistema financeiro nacional. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 63-89, 2006.

²⁹⁴ V., por exemplo, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração nº 08012.004550/1999-11. Conselheiro Relator: Celso Fernandes Campilongo. Requerentes: Companhia de Gás de São Paulo (COMGÁS); Integral Holding S/A. *DOU*, 28/05/2001; Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração nº 08012.007398/2000-70. Conselheiro Relator: Cleveland Prates Teixeira. Requerentes: TAM - Transportes Aéreos Meridional S/A; TAM - Transportes Aéreos Regionais S/A e Transbrasil S/A Linhas Aéreas. *DOU*, 01/08/2002.

Embora a Constituição determine que o Estado deve proteger a concorrência, ela não exige que esta proteção seja levada a efeito especificamente pelo CADE.²⁹⁵ Trata-se de campo aberto à discricionariedade do legislador. Assim, pode a lei determinar que a aplicação do direito antitruste, em determinado setor da economia, caberá a outra entidade pública, que não este Conselho.²⁹⁶

Por outro lado, ainda quando a competência do CADE para atuação nos setores regulados tenha sido preservada, isto não significa que a intervenção do Conselho neste setor não possua qualquer peculiaridade. A aplicação do direito antitruste deve sempre levar em consideração as características do mercado em análise. É apenas com referência direta a elas que se pode examinar corretamente a lesividade concorrencial dos atos empresariais. Em se tratando de mercados regulados, não podem ser ignoradas as regras estabelecidas pelo regulador, a nível legal ou infralegal. Elas constituem uma particular circunstância a ser levada em consideração, por moldar a estrutura do mercado em questão.²⁹⁷ Por outro lado, tampouco se podem ignorar os valores sociais que fundamentam a regulação setorial, os quais podem não ser completamente

²⁹⁵ Neste mesmo sentido, Carlos Ari Sundfeld afirma o seguinte: “É verdade que a Carta de 1988 deu nível constitucional à defesa da concorrência (arts. 170, IV e 173, §4º), comprometendo em consequência o Estado com a política respectiva, mas não há qualquer compromisso com uma dada forma de organização para o exercício dessa função” (in *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 37). Ver ainda: GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andréa. CADE vs. BACEN: conflitos de competência entre autarquias e a função da advocacia-geral da União. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 53, n. 135, p. 25, jul./set. 2004. “...é plenamente possível que a competência para zelar pela concorrência em certo segmento da economia seja atribuída, por lei, a outro ente que não o CADE e a formatação deste modelo concorrencial siga os parâmetros de micro-sistema destacado da Lei nº 8.884, de 1994”. Também assim, GARCIA, Flávio Amaral. Conflito de competência entre o CADE e as agências reguladoras que atuam no campo dos serviços públicos. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 11, p. 245, 2002.

²⁹⁶ Esta opção, contudo, tem sido vastamente negligenciada nas legislações que estabelecem os marcos regulatórios setoriais. No caso das telecomunicações, por exemplo, a Lei Geral de Telecomunicações resguarda explicitamente a competência adjudicatória do CADE, embora atribua à ANATEL a competência instrutória em matéria de concentrações (v. arts. 7º, §2º, e art. 19, XIX, da Lei nº 9.472/97).

²⁹⁷ Cf. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Controle estrutural no setor de telecomunicações: regulação setorial e direito concorrencial nos serviços de telefonia fixa e móvel. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 11, n. 1, 2004.

conciliáveis à racionalidade concorrencial.²⁹⁸ Isso significa que o direito antitruste, nos setores regulados, aplica-se, sim, de forma *especial, particular*.

O CADE tem reconhecido estas peculiaridades dos mercados regulados. Justamente em atenção a elas, tem aplicado uma espécie de *imunidade antitruste fraca* nas análises do potencial lesivo das concentrações em mercados em que atua uma autoridade reguladora.²⁹⁹ Em muitas situações, o só-fato de o setor em análise ser regulado de perto por uma autoridade pública tem sido circunstância relevante para que o ato de concentração seja reputado lícito. Uma vez que as ações da empresa resultante da concentração sofrerão fiscalização do órgão público regulador, o abuso do seu eventual poder econômico é menos provável. Esta espécie de “relativização” do escrutínio concorrencial já foi aplicada pelo CADE em diversas ocasiões. Assim, no caso COELCE, que envolvia o exame de ato de concentração no setor de energia elétrica, o Conselheiro Relator Celso Campilongo observou que “a estrutura tarifária e as tarifas máximas são controladas pela ANEEL, o que reduz a possibilidade de abuso da posição monopolista na forma de elevação do preço”.³⁰⁰

A relativização da intervenção antitruste, aqui denominada “imunidade antitruste fraca”, não implica a exclusão direta do

²⁹⁸ Para Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da Silva, “o CADE deve relativizar a aplicação do direito da concorrência nestes setores, sopesando, concretamente, os valores da esfera setorial com os princípios da ordem econômica. Por tal razão é que deve ser desenvolvida a idéia de concorrência possível. É dizer, o antitruste é aplicável na medida em que não comprometa referidas finalidades regulatórias” (In: Direito da concorrência e regulação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 1, fev. 2005, p. 06. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 03 jan 2008.

²⁹⁹ ROCHA, Bolívar Moura; OLIVEIRA, Hermes Nereu Cardoso. Balanço da articulação entre órgãos de defesa da concorrência e agências reguladoras de infra-estrutura. In: ROCHA, Bolívar Moura (Org.). *A regulação de infra-estruturas no Brasil: balanços e propostas*. São Paulo: IOB-Thomson, 2003. p. 240.

³⁰⁰ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração nº 08012.010136/1999-96. Conselheiro Relator: Celso Fernandes Campilongo. Requerentes: Companhia Energética do CEARÁ (COELCE) e Distriluz Energia Elétrica S/A. *DOU*, 30/10/2000. Neste mesmo sentido, v. também Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração nº 08012.003207/2000-28. Conselheiro Relator: Afonso Arinos de Mello Franco Neto. Requerentes: ADL Energy S/A e Companhia Energética de Pernambuco (CELPE). *DOU*, 07/11/2000; Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração nº 08012.000343/2006-41. Conselheiro Relator: Abraham Benzaquem Sicsú. Requerentes: Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras) e Blade Securities Limited. *DOU*, 09/11/2007.

direito concorrencial, mas constitui um fator a mais a ser levado em consideração no exame do potencial lesivo de uma conduta ou de um ato de concentração, podendo determinar (ou contribuir para) a sua licitude. Além disso, esta espécie de imunização não decorre de uma medida regulatória específica, mas do próprio estabelecimento de competências regulatórias no setor.

Ao lado desta imunidade implícita fraca, contudo, e tal como já se afirmou, é possível cogitar de imunidades implícitas *propriamente ditas*. Neste caso, trata-se de circunstâncias cuja verificação determina de forma *direta* a imunização, porque elas são reputadas incompatíveis com o escrutínio antitruste. No Brasil, esta imunização direta está historicamente ligada ao exame de condutas respaldadas na regulação estatal. Mas quais as características concretas das condutas ou da regulação que permite inferir a existência da imunidade? É esta a questão central a partir daqui.

6.3.2 A imunidade antitruste propriamente dita na jurisprudência do CADE

Como critério para identificar imunidades antitrustes implícitas em nosso ordenamento, o CADE tem adotado explicitamente, em diversas de suas decisões, a *State Action Doctrine* americana (e o seu *Midcal Test*), afirmando que ela “é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro”.³⁰¹ Na formulação verbal mais repetida, vêm sendo consideradas imunes ao direito antitruste as condutas privadas promovidas em consonância com política (i) claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulação e (ii) que disponha de supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas.³⁰²

³⁰¹ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08000.002605/97-52. Conselheiro Relator: Marcelo Procópio Calliari. Representante: Associação Mineira dos Usuários de Transportes de Passageiros e Carga (AMUT). Representadas: Empresa de Transportes e Trânsito da Região Metropolitana de Belo Horizonte (BHTRANS) et alli. *DOU*, 31 mar. 1999; e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08012.006207/98-48. Conselheiro Relator: Afonso Arinos de Mello Franco Neto. Representantes: Companhia Nacional de Álcalis et alli. Representadas: Companhia Estadual de Gás do Rio de Janeiro (CEG) e Riogás S/A. *DOU*, 09/02/2001.

³⁰² Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08012.006507/1998-81. Conselheiro Relator: Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer. Representante: Ivan Garcia Diniz. Representadas: COOPERTAXI et alli. *DOU*, 20/08/2003; e Conselho

Um exame mais detalhado da jurisprudência do CADE, contudo, revela algumas peculiaridades desta “*State Action Doctrine* à brasileira” que precisam ser destacadas. A primeira e menos importante delas é que a versão brasileira desta teoria é aplicada pelo CADE para verificar imunidades decorrentes também de regulações federais e municipais, e não apenas das regulações estaduais, como ocorre nos Estados Unidos. Assim, foi ela evocada no caso *Rodonal*,³⁰³ em que se discutia eventual imunização decorrente da regulação do Ministério dos Transportes (Departamento de Transportes Terrestres). Mais recentemente, foi também referida no caso *ABAV*,³⁰⁴ em que se investigou imunização resultante da Lei Federal nº 7.565/86 (Código Brasileiro da Aeronáutica, art. 302) ou da atuação regulatória do Departamento de Aviação Civil (DAC), órgão também federal. Já, por exemplo, nos casos *COOPERTAXI*³⁰⁵ e *BHTRANS*,³⁰⁶ detalhados mais adiante, o teste bifásico foi evocado com referência a esquemas regulatórios dos municípios de Parnamirim e de Belo Horizonte.

Afora isto, a compreensão e aplicação de cada uma das duas fases do *Midcal Test* tem por vezes destoado do modelo americano. Confira-se.

Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08000.002605/97-52. Conselheiro Relator: Marcelo Procópio Calliari. Representante: Associação Mineira dos Usuários de Transportes de Passageiros e Carga (AMUT). Representadas: Empresa de Transportes e Trânsito da Região Metropolitana de Belo Horizonte (BHTRANS) et alli. *DOU*, 31/03/1999.

³⁰³ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Representação nº 07/93, apensada a Representação nº 69/93. Conselheiro Relator: Paulo Dyrceu Pinheiro. Representante: CE-BRACAN – Câmara das Empresas Brasileiras de Capital Nacional. Representada: RODONAL – Empresa de Passageiros. Data do julgamento 05.11.1997.

³⁰⁴ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08000.007754/1995-28. Conselheiro Relator: Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Representante: Augusto Carvalho. Representadas: Associação Brasileira de Agências de Viagens (ABAV) e Sindicatos das Empresas de Turismo (SINDETUR/DF). Data do Julgamento: 01.09.2004, ver voto vista do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, seguido pelo Plenário do Conselho.

³⁰⁵ Cf. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08012.006507/1998-81. Conselheiro Relator: Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer. Representante: Ivan Garcia Diniz. Representadas: COOPERTAXI et alli. *DOU*, 20 ago. 2003

³⁰⁶ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08000.002605/97-52. Conselheiro Relator: Marcelo Procópio Calliari. Representante: Associação Mineira dos Usuários de Transportes de Passageiros e Carga (AMUT). Representadas: Empresa de Transportes e Trânsito da Região Metropolitana de Belo Horizonte (BHTRANS) et alli. *DOU*, 31/03/1999.

6.3.2.1 A política expressa e definida de substituição da competição

Cuide-se primeiramente do requisito da “política claramente expressa e definida de substituição da concorrência”. Em um caso, tratava-se de representação contra empresas concessionárias do serviço de transporte coletivo de Belo Horizonte. A representante, inconformada com a majoração em 18,15% da tarifa de transporte coletivo, acusou as representadas de cartelizarem o setor, visando ao aumento arbitrário de lucros (doravante, este caso será referido como *Caso BHTRANS*).³⁰⁷ Em defesa, as representadas afirmaram que a Lei nº 8.884/94 não se aplicaria aos casos de concessão ou permissão de serviço público. Além disso, alegaram não possuir qualquer ingerência sobre a fixação da tarifa dos seus serviços, que cabia ao Poder Público.

Embora resguardando a sua competência para atuar mesmo no caso de serviços públicos, o CADE imunizou as condutas das empresas reguladas, após aplicação do *Midcal Test*. Para identificar a “política claramente articulada” de substituição da concorrência, o Conselho observou que o Estado de Minas Gerais e o município de Belo Horizonte, ao regular o serviço de transporte urbano coletivo, faziam uso de suas competências constitucionais (art. 25, §3º e art. 30, I, da CF) e destacou que leis estaduais e municipais³⁰⁸ estabeleciam caber ao Poder Público a fixação das tarifas deste serviço.

Em outro caso, as empresas representadas, Riogás e Companhia Estadual de Gás do Rio de Janeiro (CEG), concessionárias do serviço de fornecimento de gás natural no estado fluminense, eram acusadas de abusar do seu poder de mercado, cobrando

³⁰⁷ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08000.002605/97-52. Conselheiro Relator: Marcelo Procópio Calliari. Representante: Associação Mineira dos Usuários de Transportes de Passageiros e Carga (AMUT). Representadas: Empresa de Transportes e Trânsito da Região Metropolitana de Belo Horizonte (BHTRANS) et alli. *DOU*, 31/03/1999.

³⁰⁸ Cf. em específico, a Lei Complementar Estadual nº 26/93 cria a AMBEL, a cujo Comitê Executivo compete “fixar as tarifas dos serviços comuns metropolitanos”; e a Lei Municipal nº 5.953/91, que cria a BHTRANS para exercer as funções de órgão gerenciador e fiscalizador de todo o sistema de transporte e trânsito na capital.

tarifas demasiadamente altas (doravante, este caso será referido como *Caso Riogás*).³⁰⁹ Em sua defesa, elas alegavam seguir estrutura tarifária fixada pela Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Rio de Janeiro (ASEP-RJ). Sustentavam agir em conformidade com a regulação válida para a sua atividade, resultado de decisões políticas legítimas estabelecidas na lei que criou este órgão regulador.

O CADE observou que, para regular o fornecimento de gás, o Estado do Rio de Janeiro fazia uso de competência constitucional (art. 25, §2º). Desta competência resultou a elaboração da Lei Estadual nº 2.686/97, por meio da qual se criou a ASEP-RJ e se lhe atribuiu o poder de “estabelecer as diretrizes da política tarifária dos serviços públicos estaduais”. Identificou-se, assim, a política claramente articulada de substituição da racionalidade concorrencial, imunizando as condutas em questão.

Nestes dois casos e noutros semelhantes, tem-se que a primeira fase da “*State Action Doctrine* brasileira” consiste na verificação da existência de legislação estadual ou municipal (ou federal) que afaste a racionalidade concorrencial do setor em que incide. Além disso, inclui o exame da competência constitucional para esta regulação anticompetitiva. Seguido sempre este entendimento, não haveria diferenças significativas em relação à primeira fase da doutrina americana.

Em ao menos um caso, contudo, o CADE se permitiu analisar, nesta primeira fase do *Midcal Test*, a “adequação” da regulação que afastava a racionalidade concorrencial, para fins de aplicação da imunidade. No já citado caso Rodonal, entendeu-se que, apesar de se tratar de setor regulado (transportes terrestres), o regulamento federal era “precário e desatualizado”. Justamente em razão desta “inadequação” da política regulatória incidente no setor, o CADE não aplicou imunidade às empresas nele atuantes. Nos termos do voto vogal do Conselheiro Antonio Fonseca:

³⁰⁹ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08012.006207/1998-48. Conselheiro Relator: Afonso Arinos de Mello Franco Neto. Representantes: Companhia Nacional de Álcalis et alli; Representadas: Riogás S/A e Companhia Estadual de Gás do Rio de Janeiro (CEG). *DOU*, 01/03/2001.

Entendo que institucionalmente o setor de transportes é regulamentado, no entanto o regulamento federal é precário e desatualizado. O órgão regulador do Ministério dos Transportes (Departamento de Transportes Terrestres) não goza de independência de atuação nem tem reputação na regulamentação no regime de livre mercado. Os regulamentos, isto é, alguns decretos sobre o assunto, são anteriores à Constituição de 1988, tempo em que a ordem econômica era marcadamente centralizadora, com forte presença do Estado como agente explorador ou protetor da produção de certos bens ou serviços, considerados relevantes à segurança nacional. A situação é propícia à formação de grupos, com forte poder de influência junto ao Governo, que podem operar das mais variadas formas, incluindo a divisão de mercados, em detrimento de outros agentes. Há, portanto, um problema de regulamentação que gera também uma questão de concorrência.³¹⁰

Em outras oportunidades, embora sem as mesmas consequências sancionadoras, o CADE voltou a mencionar a “inadequação”, “precariedade” ou “irrazoabilidade” da regulação como suficientes para permitir a sua intervenção nos setores regulados. Em um caso, o Conselho afirmou que esta intervenção é possível sempre que “o órgão regulador não estabelece uma normatização *adequada ou razoável* de substituição da concorrência pela regulação, provocando uma falha no mercado”.³¹¹

Estas passagens sugerem que o CADE poderia negar-se a imunizar condutas conformes a regulação ilícita ou inconstitucional. A conveniência (ou correção jurídica) desta ponderação da adequação ou licitude regulatória para fins de aplicação da imunidade antitruste será examinada mais à frente. Por enquanto, basta observar duas coisas.

Em primeiro lugar, esta ponderação não consta da *State Action Doctrine* americana, que é a inspiração do CADE. Nos Estados

³¹⁰ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Representação n° 07/93, apensada a Representação n° 69/93. Conselheiro Relator: Paulo Dyrceu Pinheiro. Representante: CE-BRACAN – Câmara das Empresas Brasileiras de Capital Nacional. Representada: RODONAL – Empresa de Passageiros. Data do julgamento 05.11.1997.

³¹¹ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n° 08012.006507/1998-81. Conselheiro Relator: Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer. Representante: Ivan Garcia Diniz. Representadas: COOPERTAXI et alli. *DOU*, 20/08/2003. Ver também Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n° 08000.002605/97-52. Conselheiro Relator: Marcelo Procópio Calliari. Representante: Associação Mineira dos Usuários de Transportes de Passageiros e Carga (AMUT). Representadas: Empresa de Transportes e Trânsito da Região Metropolitana de Belo Horizonte (BHTRANS) et alli. *DOU*, 31/03/1999.

Unidos, a Suprema Corte não cogita da invalidade da legislação estadual ou federal por violação a regras concorrenciais (v. capítulo terceiro). Conseqüentemente, a aplicação da imunidade antitruste não depende de ponderações desta ordem.

Em segundo lugar, cumpre esclarecer que a jurisprudência do CADE também alberga posicionamento diverso. Em vários casos, a imunidade antitruste foi aplicada a despeito do entendimento deste Conselho de que a regulação imunizadora era ilícita. No caso *ABAV*, ao mesmo tempo em que se arquivou o processo administrativo quanto à SINDETUR/DF — cuja suposta infração à ordem econômica derivava de orientação do Departamento de Aviação Civil — determinou-se a remessa de cópia da decisão para este órgão regulador, requerendo que a sua atuação fosse corrigida para adequar-se à norma de proteção e defesa da concorrência.³¹² Ou seja, a regulação do DAC era inadequada, ilegal, mas ainda assim imunizou a conduta da SINDETUR/DF.

Em outro caso, a “razoabilidade” da regulação pública chegou a ser examinada, mas apenas para “averiguar se haveria a possibilidade de eventual conflito com o princípio da livre concorrência, a suscitar sugestão de alteração da norma regulatória, e, caso esta não seja efetivada, a eventual remessa dos autos ao Ministério Público Federal ou mesmo, a depender do contexto, determinações à Procuradoria do CADE”.³¹³ Não se cogitou de conseqüências para a imunização das condutas privadas decorrentes de uma eventual verificação da irrazoabilidade da regulação.

6.3.2.2 A supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações

Semelhante indefinição se verifica no exame, pelo CADE, do requisito da “supervisão ativa e constante do cumprimento das

³¹² Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08000.007754/1995-28. Conselheiro Relator: Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Representante: Augusto Carvalho. Representadas: Associação Brasileira de Agências de Viagens (ABAV) e Sindicatos das Empresas de Turismo (SINETUR/DF). Data do Julgamento: 01.09.2004.

³¹³ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08012.006507/1998-81. Conselheiro Relator: Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer. Representante: Ivan Garcia Diniz. Representadas: COOPERTAXI et alli. *DOU*, 20/08/2003.

obrigações impostas”, que constitui a segunda fase do *Midcal Test*. Em diferentes situações, ele tem sido entendido de formas diversas. Em um caso, este requisito foi aplicado de forma semelhante à segunda fase da *State Action Doctrine* americana. Tratava-se de regulação municipal do setor de transporte. O representante apontava que apenas os táxis da Cooperativa de Condutores de Táxi do Aeroporto Internacional Augusto Severo (COOPERTAXI) poderiam atuar no trajeto do Aeroporto potiguar, situado na cidade de Parnamirim, e o centro da cidade de Natal (doravante, caso COOPERTAXI).³¹⁴ Alegava-se a cartelização do setor. A representada se defendeu afirmando que as suas ações estavam embasadas em legislação do município de Parnamirim.

Para aplicar a imunidade antitruste, o CADE observou inicialmente que estas normas municipais veiculavam política claramente articulada de substituição concorrencial, cujo objetivo era tornar economicamente viável a atividade, “estruturando a organização do serviço disponível e evitando o desequilíbrio e a predatorialidade”. No que concerne ao segundo requisito, da supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas, o CADE destacou que havia constante fiscalização dos policiais militares da CPTRAN para evitar que taxistas não incluídos no programa fizessem o trajeto excluído da livre concorrência. Esta atuação policial derivava de solicitação expressa da Prefeitura de Parnamirim e visava a evitar violações às restrições de entrada no mercado relevante. Note-se que, neste caso, a supervisão ativa foi entendida como supervisão *do programa regulatório*. Trata-se de uma compreensão “interna” de supervisão: o regulador está garantindo que o seu programa regulatório seja cumprido. É também assim que o requisito é entendido na jurisprudência americana.

Em julgamentos anteriores, contudo, este segundo requisito do *Midcal Test* havia sido entendido de forma confusa. No já mencionado *Caso Riogás*, julgado em 2001, a “supervisão ativa” foi dada por identificada após uma análise da razoabilidade do

³¹⁴ Cf. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08012.006507/1998-81. Conselheiro Relator: Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer. Representante: Ivan Garcia Diniz. Representadas: COOPERTAXI et alli. *DOU*, 20/08/2003.

modelo tarifário adotado no contrato de concessão.³¹⁵ No *Caso BHTRANS*, também citado acima e julgado em 1999, o CADE limitou-se a observar, para fins de identificação da “supervisão ativa”, a adequação da reestruturação do sistema de transporte coletivo de Belo Horizonte às normas licitatórias pertinentes. Nestes dois casos, o requisito da “supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações” parece ser compreendido de forma *externa*: tratar-se-ia de examinar se a regulação em questão estaria adequada às normas que *ela* deve respeitar. Não se exigiu fiscalização do cumprimento, pelas empresas reguladas, das obrigações decorrentes da regulação; mas o cumprimento, pelo regulador, das normas incidentes sobre a sua atividade regulatória. Em outros termos, o requisito da supervisão ativa correspondeu, nestes dois casos, a um exame de licitude da regulação que restringiu a concorrência — análise inexistente no caso americano.

6.3.2.3 A questão da compulsão como condição para a imunidade

Finalmente, tampouco está clara se a imunidade antitruste direta para as condutas empresariais, no Brasil, depende de que ela tenha sido *compelida* pela regulação estatal. Seria isso necessário, ou a imunidade se verificaria ainda quando a conduta tenha sido apenas autorizada, incentivada, facilitada ou encorajada? Como foi visto acima, trata-se de questão para a qual as Cortes americana e europeia dão respostas diferentes. Qual a posição do CADE a este respeito?

No caso *BHTRANS* (1999), o Conselheiro Relator Marcelo Calliari enfrentou esta questão de forma direta, afirmando que apenas as condutas *compelidas* pela regulação pública poderiam gozar da imunidade antitruste. Nos espaços deixados à autonomia

³¹⁵ Este fato também chamou a atenção de Bolívar Moura Rocha, para quem “o raciocínio empreendido para chegar à resposta positiva, no caso do segundo requisito, consistiu na verdade em análise da propriedade de regulação, em especial no que diz respeito à estrutura tarifária — e não da existência ou não de supervisão ativa e constante” (in *Balanco da articulação entre órgãos de defesa da concorrência e agências reguladoras de infra-estrutura*. In: ROCHA, Bolívar Moura (Org.). *A Regulação de Infra-Estruturas no Brasil: balanços e propostas*. São Paulo: IOB-Thomson, 2003).

empresarial, caberia sempre a intervenção da autoridade antitruste. O voto do Conselheiro Relator foi acolhido unanimemente pelo CADE. Dele se extrai uma passagem que merece transcrição integral:

Assim, no que se refere ao comportamento de empresas privadas sujeitas a regime regulatório, também é preciso aprofundar a aplicação da teoria da State Action. De um lado, não faria sentido, nem seria juridicamente possível, pretender punir uma empresa regulada por infração à concorrência se ela estivesse obedecendo estritamente a um comando da regulação emanada pela autoridade competente, como ocorre com as empresas de ônibus no caso presente. Imaginar diferente seria colocar uma empresa na opção de obedecer à regulação específica e violar a lei de concorrência ou o contrário. Nesse sentido, não cabe buscar a imputação às empresas das condutas previstas nos incisos II e III do art. 20 da 8884, e, conseqüentemente, do art. 21, por práticas realizadas em obediência estrita a regulamentação estadual, já que não poderiam deixar de respeitá-la. De outro lado, porém, tendo a livre concorrência tamanha importância para a Constituição Federal e não podendo o órgão estatal de serviços públicos prever e regular todas as formas possíveis de conduta dos agentes econômicos — deixando uma margem maior ou menor de liberdade para a atuação privada — ainda caberá a atuação do órgão de defesa da concorrência. De fato, mesmo dentro de um regime regulatório adequadamente instituído e aplicado, é possível que empresas, naquelas condutas não reguladas, pratiquem infrações à concorrência. Seria o caso, por exemplo, de empresas sujeitas a um regime de tarifas máximas que decidem, em cartel, fixar todas o mesmo preço para seus produtos, reduzindo o nível de bem estar dos consumidores. *Da mesma forma, quando o arcabouço regulatório dá às empresas uma margem de opção quanto à sua atuação, é possível que uma ou mais dessa opções, permitidas mas não impostas pela regulação configurem num caso concreto infrações à ordem econômica, não se encontrando aqui fora do alcance dos órgãos de defesa da concorrência.* Há também a possibilidade de que uma empresa regulada aja de forma contrária à regulação, violando não apenas esta como também o direito da concorrência. Neste caso, aplicar-se-iam as normas e eventualmente punições previstas em ambos sistemas normativos.³¹⁶

Este mesmo posicionamento foi adotado mais recentemente pelo Conselho no caso *ABAV*, julgado em setembro de 2004.

³¹⁶ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08000.002605/97-52. Conselheiro Relator: Marcelo Procópio Calliari. Representante: Associação Mineira dos Usuários dos Transportes de Passageiros e Carga (AMUT). Representadas: Empresa de Transportes e Trânsito da Região Metropolitana de Belo Horizonte (BHTRANS) et alli. *DOU*, 31/03/1999.

Tratava-se de representação contra a Associação Brasileira de Agências de Viagem do Distrito Federal (ABAV/DF) e o Sindicato das Empresas de Turismo do Distrito Federal (SINDETUR/DF). As representadas eram acusadas de recomendar às agências de viagens que não concedessem descontos em procedimentos licitatórios da União Federal para aquisição de passagens aéreas. Em defesa, argumentaram que esta orientação era compelida pelo Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA, Lei Federal nº 7.565/86),³¹⁷ na interpretação que oficialmente lhe conferia o Departamento de Aviação Civil (DAC), autoridade responsável pela regulação setorial.³¹⁸ Trouxeram aos autos uma nota técnica do DAC neste sentido e demonstraram que esta autoridade multara, em 1995, algumas agências de viagens que ofereceram parte de suas comissões como desconto nas licitações públicas. O Conselheiro Relator Fernando de Oliveira Marques acatou a argumentação da defesa e votou pelo arquivamento do processo administrativo, aplicando a imunidade antitruste.

Em voto vista, contudo, o Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer foi mais a fundo nos detalhes do caso e percebeu que a ABAV/DF já orientava as agências a não conceder os descontos mesmo *antes* de o DAC oferecer a sua interpretação. Entendeu que, neste período, ainda não havia a compulsoriedade que fundamentava a imunidade. Além disso, observou que, a partir de 1996, o Tribunal de Contas da União já tinha oferecido uma interpretação alternativa do artigo do CBA, de maneira que, vigendo as duas interpretações divergentes (uma do DAC, outra do TCU), a ABAV/DF poderia ser punida por adotar aquela que era lesiva à concorrência.

³¹⁷ A referência específica era ao art. 302, cuja redação é a seguinte: “A multa será aplicada pela prática das seguintes infrações: III - infrações imputáveis à concessionária ou permissionária de serviços aéreos: q) infringir as tarifas aprovadas, prometer ou conceder, direta ou indiretamente, desconto, abatimento, bonificação, utilidade ou qualquer vantagem aos usuários, em função da utilização de seus serviços de transporte; VI - infrações imputáveis a pessoas naturais ou jurídicas não compreendidas nos grupos anteriores: h) prometer ou conceder, direta ou indiretamente, qualquer modalidade de desconto, prêmio, bonificação, utilidade ou vantagem aos adquirentes de bilhete de passagem ou frete aéreo”

³¹⁸ Constava dos autos uma nota técnica do DAC neste sentido (Nota Técnica nº 01/PL/94). Em 1995, o DAC chegou mesmo a multar em 10 mil reais algumas agências de viagens que ofereceram parte de suas comissões como desconto nas concorrências públicas.

A posição do Conselheiro Pfeiffer, que terminou seguida pelo Plenário do CADE, demonstra uma forte resistência para a concessão da imunidade antitruste. Ainda mais incisivamente que no trecho anterior do Conselheiro Marcelo Calliari, ela sugere que a imunidade só poderia decorrer de *clara compulsão estatal*. Trata-se de orientação que se distancia da jurisprudência americana, que aplica a imunidade ainda que a conduta tenha sido apenas autorizada, facilitada ou incentivada pela regulação estadual.

Seja como for, também nesta questão da amplitude da imunidade antitruste a jurisprudência do CADE registra divergências e ambigüidades. No caso *Riogás*, julgado em 2001 (entre o julgamento de *BHTRANS* e o de *ABAV*, portanto), a alegação de abuso tarifário foi afastada pelo CADE após a verificação de que as tarifas aplicadas pelas concessionárias haviam sido *autorizadas* pela ASEP-RJ (encontravam-se “dentro do marco regulatório do setor”). O fato é que esta agência reguladora não fixava por si mesma a tarifa a ser adotada pelas concessionárias, apenas estabelecia os valores máximos que elas poderiam adotar. Disto resulta que havia uma *margin de autonomia* para as empresas reguladas. Tarifas menores não estavam proibidas pela regulação. Se o entendimento do Conselho em *BHTRANS* ou em *ABAV* tivesse sido seguido, teria havido espaço para examinar a licitude concorrencial das tarifas adotadas pelas concessionárias.

6.3.2.4 Balanço da jurisprudência do CADE

O relato acima demonstra que, embora afirme adotar entre nós a *State Action Doctrine* americana, o CADE tem em diversos casos se afastado dela. Primeiro, porque aplica os seus requisitos para identificar imunidades decorrentes de regulação federal e municipal, e não apenas estadual, como ocorre nos Estados Unidos. Segundo, porque, sob o fundamento de aplicar o primeiro requisito do *Midcal Test*, já se permitiu avaliar a adequação ou razoabilidade da regulação para fins de aplicação da imunidade antitruste, procedimento sem paralelo na jurisprudência daquele país. Terceiro, porque já interpretou o requisito da supervisão ativa de forma

externa e diversa da jurisprudência americana. Quarto, e finalmente, porque em alguns casos exigiu a compulsão regulatória de um comportamento, para imunizá-lo do direito antitruste, também diversamente do que faz a Suprema Corte americana.

A princípio, não há nada de errado em afastar-se da orientação americana, ou construir uma “*State Action* brasileira”. Mas é absolutamente essencial que isto fique claro, para evitar comprometimento da segurança jurídica. Quer dizer: ou bem o CADE segue o modelo americano, como costuma anunciar, ou adota um modelo próprio. Neste segundo caso, ou não faz referências ao modelo americano ou esclarece em que, exatamente, se afasta dele. De outro modo, é impossível para as empresas reguladas preverem quando os seus atos estarão imunes à tutela antitruste.

Não se trata, portanto, de um problema de aproximação ou distanciamento da jurisprudência americana. Trata-se de uma questão de clareza e de segurança jurídica. Fundamentalmente, é essencial observar que não estão bem resolvidas na jurisprudência do CADE as seguintes questões: (i) a eventual invalidade jurídica (inconstitucionalidade, ilegalidade) da regulação retira os efeitos imunizantes que dela decorreriam para as condutas empresariais promovidas em sua conformidade?; (ii) a *compulsão* é característica necessária da medida regulatória imunizante da conduta empresarial? Diante deste panorama, parece conveniente apresentar algumas sugestões.

6.4 Propostas para identificação de imunidades antitrustes no Brasil

Reitere-se, de início, que as hipóteses de imunidades antitruste propriamente ditas correspondem a situações em que as normas de proteção à concorrência não incidem. Nestes casos, as normas antitruste não poderiam ser aplicadas nem pelo CADE, nem pelo Poder Judiciário.³¹⁹ A questão que precisa ser respondida é em quais casos se verifica este afastamento da disciplina concorrencial.

³¹⁹ V. art. 29 da Lei nº 8.884/94.

6.4.1 Um passo preliminar: o abandono da *State Action Doctrine*

A primeira sugestão possível é a de que seja abandonada a *State Action Doctrine* americana. Não há razão para supor que esta teoria seja adequada para a solução da questão da imunidade decorrente da regulação no Brasil. De um lado, o tema envolve, entre nós, considerações impertinentes ao direito americano, como é o caso do regime jurídico diferenciado dos serviços públicos. De outro lado, a solução americana visa à proteção do forte federalismo daquele país, problema que não se põe tão intensamente no direito brasileiro.³²⁰ Por estas e outras razões, a adoção desta teoria estrangeira tem gerado maiores problemas do que vantagens. O afastamento freqüente do CADE de alguns de seus parâmetros ilustra esta conclusão.

6.4.2 A adoção de um teste bifásico

Adota-se nesta dissertação a tese de que a identificação de imunidades antitrustes no direito brasileiro depende de uma análise composta de duas fases, uma geral e uma específica.

6.4.2.1 A primeira fase: a identificação de imunidades genéricas

A fase geral consiste em examinar o marco regulatório do setor, para cogitar da existência de uma imunidade *setorial* (“genérica” ou “ampla”), que afastaria a incidência do direito antitruste sobre as ações empresariais intra-setoriais. Esta espécie de imunidade é característica dos serviços públicos para os quais o

³²⁰ Como já foi visto no capítulo terceiro, a *State Action Doctrine* consagra uma solução demasiadamente respeitosa das escolhas políticas dos estados americanos. Isto é uma consequência da tese da insindicabilidade destas escolhas, tese que vale para o direito daquele país. Lá não se cogita da ilicitude concorrencial da regulação estadual. Dito de outra forma: a regulação dos Estados da Federação americana jamais será considerada inválida por violação às normas federais de proteção à concorrência. Se não se permite o escrutínio direto da regulação estadual, seria um contra-senso permitir a sua tutela indireta, através da penalização das empresas que agissem em conformidade com esta regulação.

seu titular tenha estabelecido regime de completo afastamento da concorrência (por exemplo, prestação monopolista).³²¹

Note-se, por importante, que a imunidade antitruste setorial não incide *apenas porque* determinada atividade constitui serviço público. É preciso que o ente titular do serviço tenha optado por um modelo não competitivo, afastando a incidência das regras de proteção à concorrência.³²² Afinal, também é possível (e freqüente) que os serviços públicos sejam prestados em regime concorrencial. Dito de outro modo, “serviço público” e “direito concorrencial” não são conceitos excludentes. Todavia, a concorrência nos serviços públicos é tão ampla quanto tenha desejado o seu titular (v. capítulo terceiro).

Nas hipóteses em que incidem imunidades setoriais, apenas se poderia cogitar de aplicação do direito concorrencial para controlar os efeitos de ação da empresa regulada em *outros setores da economia*.³²³

6.4.2.2 A segunda fase: a identificação de imunidades específicas

De todo modo, inexistindo imunidades amplas ou genéricas, é ainda possível que *algumas condutas empresariais específicas* estejam afastadas da intervenção antitruste, por gozarem de respaldo regulatório específico. Esta espécie de imunidade pode verificar-se no âmbito de qualquer espécie de atividade econômica — não é exclusiva dos serviços públicos. Pode, ademais, decorrer diretamente da legislação ou de atos administrativos.³²⁴ Mas quando, efetivamente, ela se verificará?

³²¹ Este afastamento concorrencial amplo seria dificilmente constitucional no caso de atividades econômicas em sentido estrito. Veja-se, a propósito, as considerações do capítulo terceiro.

³²² Em sentido semelhante, v. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 142.

³²³ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. O CADE e a competição nos serviços públicos. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 33, p. 54, 2001.

³²⁴ Em seu voto no Caso Finasa, o Conselheiro Ronaldo Porto Macedo, com base no direito tributário, sugeriu que se chamasse de “isenção” a inaplicabilidade do direito antitruste decorrente de lei, reservando o termo “imunidade” ao escudamento derivado da Constituição Federal. Nesta dissertação, optou-se por seguir a nomenclatura tradicionalmente usada no direito concorrencial brasileiro.

Tomando como inspiração o modelo europeu, parece ser conveniente, também entre nós, utilizar os critérios de validade jurídica (constitucionalidade ou legalidade) da regulação supostamente imunizante e de conteúdo específico desta medida (compulsão ou mera autorização), para fins de avaliar as diferentes situações que poderiam se apresentar para a análise da autoridade aplicadora do direito concorrencial (o CADE ou o Poder Judiciário).

A combinação destas duas variáveis produz quatro diferentes situações, examinadas uma a uma nos subitens seguintes: (i) regulação estatal válida impõe determinada conduta empresarial; (ii) regulação estatal válida autoriza, facilita ou incentiva determinada conduta empresarial; (iii) regulação estatal inválida impõe determinada conduta empresarial; (iv) regulação estatal inválida autoriza, facilita ou incentiva determinada conduta empresarial.

6.4.2.2.1 As condutas compelidas por regulação estatal válida

A primeira e mais fácil situação de cuja imunidade se pode cogitar é aquela referente a condutas compelidas por medida regulatória válida. Neste caso, não há dúvidas de que incide a imunidade, afastando-se a aplicação do direito concorrencial. É o que acontece, por exemplo, quando as tarifas relativas a algum serviço são estabelecidas diretamente pelo regulador. A adoção destas tarifas, pelas empresas reguladas, evidentemente não está sujeita a qualquer escrutínio com base no direito concorrencial.

Ora, se o Estado afasta lícitamente a racionalidade concorrencial, compelindo condutas que lhe parecem adequadas no âmbito de alguma política específica, não é razoável que se puna a empresa que as adotou. A punição, nestes casos, provocaria duas espécies de inconvenientes. Sob uma perspectiva pública, implicaria o comprometimento da política estatal que requer a exclusão das pressões concorrenciais — afastamento fundado muitas vezes em relevantes razões de interesse público, tal como se viu no capítulo segundo desta dissertação. Sob uma perspectiva privada, feriria as legítimas expectativas da empresa regulada, que não poderia esperar responsabilização pelo mero fato de cumprir

uma imposição regulatória. Compromete-se, assim, a segurança jurídica, essencial a qualquer regime jurídico democrático.

No mais, note-se que a admitida compulsão da regulação estatal supõe estar ela salvaguardada pela suas próprias punições contra descumprimentos. Assim, ausente a imunização antitruste, a empresa regulada seria colocada na ingrata posição de ter de escolher qual punição sofrer. Afinal, punição haveria, independentemente da conduta que ela venha a adotar. Se optasse por cumprir a determinação regulatória, seria punida pela autoridade antitruste. Se a descumprisse, contudo, seria punida pelo regulador.

Daí porque, nesta primeira situação, a resposta é óbvia: havendo válida determinação estatal de uma conduta, ela jamais poderá constituir infração às normas de proteção à concorrência.

6.4.2.2.2 As condutas autorizadas por regulação estatal válida

A segunda situação, referente às condutas meramente autorizadas, facilitadas ou encorajadas por regulação estatal válida, também não é extremamente complicada. O argumento contrário à imunidade, nesta hipótese, é o de que sempre que houvesse alguma margem de liberdade para a decisão empresarial autônoma, deveria ele responder pela violação ao direito antitruste. Dito de outro modo, haveria escopo para responsabilização do particular, uma vez que, possuindo escolhas, teria ele optado por adotar a conduta anticompetitiva. É neste sentido que o Conselheiro Relator Marcelo Calliari afirmou no já citado julgamento do caso BHTRANS que “quando o arcabouço regulatório dá às empresas uma margem de opção quanto à sua atuação, é possível que uma ou mais dessas opções, permitidas mas não impostas pela regulação configurem num caso concreto infrações à ordem econômica, não se encontrando aqui fora do alcance dos órgãos de defesa da concorrência”.³²⁵ Esta argumentação não convence.

³²⁵ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08000.002605/97-52. Conselheiro Relator: Marcelo Procópio Calliari. Representante: Associação Mineira dos Usuários de Transportes de Passageiros e Carga (AMUT). Representadas: Empresa de Transportes e Trânsito da Região Metropolitana de Belo Horizonte (BHTRANS) et alli. *DOU*, , 31/03/1999.

De início, é preciso afastar a idéia de que estas condutas específicas, autorizadas que estão por normatização estatal válida, constituem, ainda, “condutas anticompetitivas”. Afinal, não há razão para supor a prevalência da regra de proteção concorrencial sobre aquela que autoriza conduta, especialmente por ser esta última específica em relação à primeira.

Outras duas razões são repetitivas: a repressão de condutas autorizadas por regulação estatal válida prejudica a efetivação dos objetivos pretendidos pelo regulador com a sua medida, além de contrariar as legítimas expectativas do empresário regulado, comprometendo a segurança jurídica. No primeiro caso, note-se que o entendimento de que apenas as condutas compelidas pela medida regulatória gozariam de imunidades antitruste equivale a excluir do regulador a possibilidade de atingir as finalidades públicas que dependem da mitigação da racionalidade concorrencial através de medidas não compulsórias. Provoca-se aqui um indesejável “engessamento” do regulador.³²⁶ No segundo caso, não há diferenças significativas entre a violação que se promoveria à segurança jurídica e às legítimas expectativas do empresário regulado com a aplicação do direito concorrencial às condutas compelidas e com a sua aplicação às condutas meramente autorizadas. Em ambas as hipóteses, o empresário espera que, agindo respaldado por medidas públicas específicas e válidas, não lhe possa caber nenhuma responsabilização jurídica.

Eis porque, ainda quando não compelidas, mas meramente autorizadas, facilitadas ou incentivadas por regulação estatal válida, as condutas deverão gozar de imunidade ao direito antitruste.

É importante atentar, contudo, ao real conteúdo da autorização ou do incentivo, para fins de verificar se uma dada conduta encontra-se imunizada. Assim, a regulação de tarifas máximas impede sanções fundadas na imposição de tarifas excessivas (art. 21, inc. XXIV, da Lei nº 8.884/94) quando estejam elas dentro dos limites previstos na regulação, mas não impede que se reprimam as empresas que coludirem para aplicar preços uniformes (art.

³²⁶ Há várias razões que podem indicar a vantagem circunstancial de regulações baseadas em incentivos, e não em comandos diretos. Sobre o tema, v. o capítulo quarto de BALDWIN Robert; CAVE, Martin. *Understanding Regulation*. New York: Oxford, 1999. p. 34-62.

21, inc. I, da Lei nº 8.884/94), eliminando a concorrência possível dentro do esquema regulatório.³²⁷

6.4.2.2.3 As condutas compelidas por regulação estatal inválida

Exigem considerações mais detidas as hipóteses em que o respaldo estatal às condutas empresariais advém de medidas estatais (leis ou atos administrativos) inválidas por inconstitucionalidade ou ilegalidade. Convém esclarecer, de logo, que a invalidade de que aqui se cogita é aquela derivada de uma *interpretação autônoma* da entidade aplicadora do direito antitruste.³²⁸ Ou seja, o que aqui se questiona é o seguinte: se o CADE ou o Poder Judiciário *entenderem* que a medida que respaldaria a conduta empresarial sobre sua análise é inconstitucional ou ilegal, poderia negar-lhe aplicação e, então, sancionar a empresa?

A primeira questão que deve ser enfrentada é a da possibilidade de desaplicação de legislação que se entenda inconstitucional ou de ato administrativo que se entenda ilegal, mas que ainda estejam vigentes. No caso do Poder Judiciário, esta possibilidade não se discute. Cabe-lhe, afinal, o controle de constitucionalidade difuso dos atos legislativos, além do controle de legalidade de atos administrativos.

Entretanto, caberia ao CADE uma ponderação autônoma da validade destes atos vigentes? Caberia a esta autarquia negar-lhes a aplicação, quando entendê-los inválidos? Trata-se de uma dúvida tradicional entre administrativistas e constitucionalistas. O argumento em prol da desaplicação de leis constitucionais (que vale também

³²⁷ Assim, por exemplo, é possível concordar com outro trecho do voto do Conselheiro Relator Marcelo Calliari no caso BHTRANS, no qual ele afirma que não estariam imunes ao escrutínio antitruste as “empresas sujeitas a um regime de tarifas máximas que decidem, em cartel, fixar todas o mesmo preço para seus produtos, reduzindo o nível de bem estar dos consumidores” (in Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08000.002605/97-52. Conselheiro Relator: Marcelo Procópio Calliari. Representante: Associação Mineira dos Usuários de Transportes de Passageiros e Carga (AMUT). Representadas: Empresa de Transportes e Trânsito da Região Metropolitana de Belo Horizonte (BHTRANS) et alli. *DOU*, 31/03/1999).

³²⁸ As conclusões que se alcançarem, contudo, valerão para os casos em que se cogita de punir empresas reguladas por condutas adotadas *enquanto vigia o respaldo regulatório*, depois anulado.

para fundamentar a desaplicação de atos administrativos ilegais) é o de que o administrador público deve atenção ao sistema jurídico, ao Direito, não a medidas legislativas, independentes do seu conteúdo. Ainda mais claramente, alega-se que, nas situações em que verificasse a inconstitucionalidade de uma lei, o administrador teria de optar por descumpri-la ou descumprir a própria Constituição — e num tal dilema, é esta última norma que deveria prevalecer.³²⁹ Por outro lado, a argumentação em sentido contrário insiste nos riscos à segurança jurídica que se verificariam se a toda entidade da administração pública fosse dado promover avaliações *próprias* da constitucionalidade das leis vigentes e negar-se a cumprir aquelas que julgasse inconstitucionais.³³⁰

Alheio a estes alarmes, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a possibilidade (e mesmo a obrigatoriedade) de as entidades do Poder Executivo desaplicarem as leis que lhe pareçam inconstitucionais.³³¹ É este o entendimento que se adotará aqui.

³²⁹ V. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 61; BARROSO, Luis Roberto. Poder executivo: lei inconstitucional: descumprimento. *Revista de Direito Administrativo*, p. 181-182/393. Este professor carioca colaciona vasta doutrina e jurisprudência concordante com este posicionamento e afirma: “A todos os Poderes da República compete a guarda da Constituição. Deve observá-la o Legislativo ao editar o direito positivo. Curva-se a ela o Executivo na prática dos atos de administração e de governo. Efetiva-a o Judiciário ao aplicar contenciosamente o direito. (...) A interpretação da Constituição, ou, antes, a observância da Constituição, não é evidentemente monopólio do Poder Judiciário. Também o Executivo tem poder, e, mais ainda, o dever de impedir que ela seja violada e deverá abster-se da prática de qualquer ato que importe desrespeito à Lei Maior”.

³³⁰ Cf. GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andréa. CADE vs. BACEN: conflitos de competência entre autarquias e a função da advocacia-geral da União. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 53, n. 135, p. 25, jul./set. 2004. Neste mesmo sentido, em parecer à Consulta 34/99, a Procuradoria do CADE, apesar de reconhecer a inconstitucionalidade e ilegalidade de um Decreto do Distrito Federal, sustentou que “somente um juiz ou tribunal poderá, em um caso concreto que lhe seja apresentado, negar-lhe aplicação ao argumento de sua inconstitucionalidade”.

³³¹ “Lei inconstitucional – poder executivo – negativa de eficácia. O poder executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional” (in Supremo Tribunal Federal, Resp. 23.121, Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ, p. 23.521, 08 nov. 1993; *LEXIS*, v. 55; p. 152; Decisão: 06.10.1993). Na primeira página do voto do relator, lê-se: “Tenho comigo a convicção de que é lícito ao Executivo negar a execução à lei que, a seu ver, não se coaduna com o sistema constitucional. Com efeito, o ordenamento jurídico tem como ápice a Constituição Federal. Qualquer preceito, de qualquer origem ou hierarquia, há que se ajustar ao sistema constitucional. Lei inconstitucional é nula. Não pode obrigar. Diante de ato legislativo em que percebe ilegalidade, a Administração coloca-se na alternativa: a) executa a lei, desprezando a Constituição; b) homenegeia a Constituição, desconhecendo o preceito legal”. Neste sentido, ver ainda STF, in RTJ 2/386, 3/760; RDA 59/339, 76/51, 76/308, 97/116; RF 196/59; RT 354/139, 354/153, 358/130, 594/218; BDM 11/600.

O CADE pode, portanto, deixar de aplicar legislação que entenda inconstitucional ou ato administrativo que julgue ilegal, fazendo-o motivadamente.³³²

De todo modo, e ainda mais importante, se a desaplicação da regulação imunizante é *condição* para a sanção das condutas anticompetitivas por ele respaldadas, tal sanção não é *consequência necessária* da desaplicação mencionada. Quer dizer: a desconsideração de regulação inválida não implica necessariamente a sanção das condutas anticompetitivas nela respaldadas. Entendendo inválida a regulação em questão, pode a autoridade aplicadora do direito antitruste manter a imunidade que dela resultaria, se entender que há razões suficientes para isso.

Esta possibilidade é uma decorrência da sistemática do nosso controle de constitucionalidade. Mesmo quando uma lei é declarada inconstitucional pela via do controle concentrado, perante o STF, os seus efeitos anteriores a esta decisão podem ser mantidos. O art. 27 da Lei nº 9.868/99 dispõe que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o STF, por maioria qualificada de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Se até quando a normatização é anulada de forma definitiva e concentrada, podem-se resguardar relações jurídicas e direitos constituídos durante a sua vigência, não haveria razão para que o mesmo raciocínio não se aplicasse no controle difuso.

Nos casos em que a regulação inválida *compele* determinada conduta anticompetitiva, a preservação dos seus efeitos imunizantes é impositiva. Eis aqui a típica situação que a lei pretendia tutelar com a previsão do mencionado art. 27.

Fique bem claro: não se trata de alegar a inexistência de culpa das empresas reguladas no cometimento da infração. Esta circunstância subjetiva é sabidamente dispensada para fins de verificação das infrações à Lei nº 8.884/94. O problema nos casos das regulações

³³² Este posicionamento não afasta a possibilidade de responsabilização do Conselho por afastamento indevido de legislação constitucional.

que compelem determinado comportamento, entretanto, é ainda mais intenso do que a inexistência de culpa: há mesmo a *inexigibilidade de conduta diversa*. Note-se que a empresa regulada encontra-se na desagradável posição de cumprir a determinação regulatória e descumprir a legislação de proteção da concorrência ou o contrário. Ausente a imunidade antitruste, qualquer conduta sua poderá ser sancionada — pelo regulador ou pela autoridade aplicadora do direito antitruste.

É cínico e irreal o argumento de que o empresário “deveria saber” que a regulação que lhe impunha o comportamento anticoncorrencial era inválida e, portanto, deveria descumpri-la. Primeiro porque este posicionamento supõe que o empresário, à moda de um Hércules dworkiniano,³³³ poderia identificar com facilidade a *solução correta* do conflito normativo que se lhe antepõe. A ilegalidade ou inconstitucionalidade da regulação que determina a sua ação lhe seria sempre clara, inequívoca. Este posicionamento resulta ainda mais irreal se se tiver em mente a abstração e a complexa aplicabilidade da normatização antitruste, diante de uma norma que exige um comportamento *específico e concreto*. Quer dizer, exigir-se-ia que o empresário, frente a uma norma que lhe impõe um comportamento inequívoco, descumpra-a para privilegiar a interpretação que ele próprio faz das normas antitrustes.

Note-se que, não possuindo este empresário poderes de autotutela, tem-se que, seguido este entendimento que aqui se refuta, a única conduta que lhe caberia seria (i) descumprir a determinação regulatória específica, (ii) sofrer resignadamente a estipulada punição regulatória, (iii) levar a questão ao Poder Judiciário para argumentar a invalidade da determinação que descumpriu e, depois de longo processo, (iv) obter a reparação judicial do regulador ou a suspensão da sanção que se lhe aplicou. Se se exige das soluções jurídicas uma mínima razoabilidade, esta solução específica não pode ser adotada.

³³³ A referência é ao mítico personagem criado pelo jurista americano Ronald Dworkin, que representaria o juiz perfeito. Extremamente sábio, com pleno conhecimento do ordenamento jurídico, contando com plena disposição das fontes jurídicas e de tempo para análise, o Hércules dworkiniano seria sempre capaz de identificar a *solução correta* para as questões jurídicas, aquela que melhor se adéqua e justifica o direito como um todo. Cf. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

No âmbito da Consulta 34/99, o CADE foi questionado por uma empresa de Táxi de Brasília se ela deveria descumprir um Decreto que proibia descontos na tarifa de táxis no Distrito Federal. Em resposta, apesar de reconhecer a “inconstitucionalidade e a ilegalidade flagrante” do Decreto, o Conselho recomendou ao consulente que não a desrespeitasse, uma vez que “poderia incorrer na sanção anunciada pelo Departamento de Concessões e Permissões do GDF”.³³⁴ O entendimento é correto. Cabe ao CADE segui-lo coerentemente. Isso importa deixar de sancionar as empresas que seguem determinações regulatórias e rejeitar definitivamente algumas de suas manifestações anteriores, nas quais parecia compreender que a imunidade antitruste dependeria da “licitude” ou da “adequação” da regulação imunizante.

Note-se, finalmente que, como o objetivo final é a proteção concorrencial, três estratégias alternativas são muito mais adequadas. A primeira delas é a atuação da autoridade antitruste como advogada da concorrência perante o regulador, informando-lhe dos vícios jurídicos da regulação anticompetitiva e solicitando-lhe a sua retirada (v. art. 7º, X, da Lei nº 8.884/94). A segunda é a provocação dos legitimados para que proponham as ações cabíveis para retirar a eficácia jurídica da medida viciada. A última é a ação de reparação de danos que pode ser movida contra o regulador pelos (consumidores, concorrentes) prejudicados pela medida anticompetitiva em questão. Estas soluções têm o mérito de enfrentar o problema de forma direta e perante o personagem realmente responsável pela anticompetitividade: o regulador.

Tem-se, portanto, que as condutas compelidas por regulação estatal ilegal ou inconstitucional não podem ser sancionadas com base no direito antitruste brasileiro. Verificada esta invalidade jurídica da regulação, deve o CADE tomar as providências para levar o seu entendimento ao Poder Judiciário, buscando anulá-la. Mas não pode penalizar as empresas que apenas obedeceram à sua determinação. A elas também se aplica a imunidade antitruste.

³³⁴ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Consulta 34/99. Interessado: Rádio Táxi Brasília Ltda., voto da Conselheira Relatora Lucia Helena Salgado e Silva, p. 3.

6.4.2.2.4 As condutas autorizadas por regulação estatal inválida

A última situação que deve ser analisada é a mais complicada delas. Trata-se de questionar se condutas meramente autorizadas, incentivadas ou encorajadas por regulação estatal que o CADE ou o Poder Judiciário entenda inválida devem ser imunizadas do direito antitruste.

Note-se de início que para esta situação não são aplicáveis vários dos argumentos apresentados anteriormente. Não há, por exemplo, política estatal válida que seria comprometida caso sanções fossem aplicadas às condutas respaldadas na regulação. O eventual prejuízo a política estatal inconstitucional ou ilegal, afinal, não é problemático. Tampouco cabe para este caso o argumento de que a empresa regulada não poderia descumprir a regulação e atentar a legislação antitruste, uma vez que estaria sujeita às sanções do regulador. Tratando-se de meras autorizações, incentivos ou encorajamentos regulatórios, não há sanções para garanti-las e para criar a situação de “inexigibilidade da conduta diversa”.

Por estas razões que, em análise de situação parecida, a Corte Européia de Justiça decidiu ser devida a aplicação do direito antitruste comunitário a condutas meramente autorizadas por regulações nacionais inválidas perante o direito comunitário.³³⁵ Os fundamentos da decisão foram (i) a primazia do direito comunitário sobre a regulação nacional (argumento semelhante à primazia das normas constitucionais sobre a regulação veiculada em lei, por exemplo); e (ii) a existência de uma margem para a decisão autônoma da empresa regulada. Para mitigar os problemas decorrentes deste posicionamento, a Corte Européia esclareceu que as penalidades impostas poderiam ser atenuadas, a depender do conteúdo da legislação e da conduta promovida pelas empresas em questão. Ressaltou, ainda, que as penalidades aplicadas poderiam fundamentar ações de reparação a serem movidas pelas empresas contra o Estado Membro que originou esta normatização.

³³⁵ Ver item 6.2.2 acima.

Esta solução parece adequada também para o nosso ordenamento jurídico. Uma vez inexistente o escudo jurídico decorrente de uma norma válida imunizante e ausente a situação de inexigibilidade de conduta diversa, o máximo que se poderia afirmar em benefício das empresas em questão seria que elas estavam de *boa-fé* ou que não possuíam *culpa* pela infração. Entretanto, na sistemática da Lei nº 8.884/94 (aplicável, à ausência de norma válida que a excetue), a culpa não é pressuposto para a configuração da infração à ordem econômica³³⁶ e a eventual boa-fé da empresa regulada apenas concorre para que lhe seja atribuída uma pena mais branda (art. 27 da Lei nº 8.884/94). Eis porque entre nós as condutas meramente autorizadas, encorajadas ou facilitadas por regulação inválida não gozam de imunidade antitruste, a elas podendo ser aplicadas as sanções previstas na Lei nº 8.884/94.

Uma vez que esta solução poderia provocar os inconvenientes da punição a empresas de boa-fé, parece adequado apontar duas razões jurídicas para sustentá-la e três providências para reduzir os seus problemas.

Inicie-se pelas razões jurídicas que sustentam o sancionamento. Em primeiro lugar, já se apontou acima que a previsão de punições mesmo a empresas que não tenham culpa pela infração ou a tenham cometido de boa-fé foi uma opção do legislador brasileiro, em proteção ao princípio constitucional da livre concorrência. A conveniência política de sua opção pode ser questionada, mas, enquanto juridicamente válida, deve ser prestigiada pelos aplicadores da lei. As únicas defesas que cabem às empresas em questão, da boa-fé ou da ausência de culpabilidade, não têm o condão de afastar a aplicabilidade da Lei nº 8.884/94.

Em segundo lugar, é preciso atentar ao fato de que, durante o período em que a empresa regulada, aceitando o incentivo ou encorajamento veiculado na regulação, promover o comportamento anticompetitivo, ele fatalmente estará obtendo os rendimentos excessivos e injustificados decorrentes desta postura. A *opção* por esta conduta, portanto, gera-lhe benefícios econômicos e concorre

³³⁶ V. *caput* do art. 20 da Lei nº 8.884/94.

para a redução do bem-estar do consumidor. Deste fato, duas conseqüências. A primeira é que estes ganhos reduzem a força do argumento de que seria injusto imputar-lhe uma penalização financeira posterior. A segunda é a de que ao obter estes lucros injustificados, a empresa regulada está gozando de vantagens competitivas em relação aos seus concorrentes que, em atenção às normas que invalidam a regulação, optarem por não adotar as condutas nela autorizadas ou incentivadas. Neste passo, a solução de não reprimir a empresa que fez a opção pelas condutas anticompetitivas produz um destes dois resultados: (i) ou gera o incentivo a que todas as empresas reguladas as adotem, contribuindo desgraçadamente para maximizar o efeito anticompetitivo da regulação estatal; ou (ii) pune com desvantagens competitivas a empresa que, em atenção à Constituição ou à lei contrariada pela medida regulatória em questão, optarem por não adotar as condutas nela respaldadas.

Assim, a solução de penalizar as empresas que adotarem condutas anticompetitivas autorizadas, encorajadas ou incentivadas por regulação anticompetitiva encontra respaldo na sistemática da Lei nº 8.884/94, além de estar fundada em argumentos de realização substancial da justiça e de proteção concorrencial.

Quanto aos inconvenientes relativos à boa-fé da empresa penalizada, três providências podem mitigá-los. A primeira é uma postura cautelosa do CADE e do Poder Judiciário, aplicando esta penalização apenas quando a invalidade da regulação for verificável independentemente de complexos procedimentos aplicativos da legislação antitruste. É o caso, por exemplo, de invalidades fundadas em incompetência para emití-las. A segunda providência a ser adotada é o dosamento proporcional da multa a ser aplicada (art. 27 da Lei nº 8.884/94). Neste particular, deverão ser levadas em conta as circunstâncias de boa-fé e ausência de culpabilidade da empresa regulada, bem como as características específicas da medida regulatória em questão (por exemplo, a natureza e a intensidade do incentivo nela veiculado para a adoção da conduta anticompetitiva). Persistindo ainda algum prejuízo relevante — que não tenha, ademais, sido compensado pelos ganhos decorrentes da adoção da conduta anticompetitiva — é possível a adoção da

terceira providência, esta de iniciativa da empresa penalizada: o acionamento do regulador que emitiu a medida anticompetitiva.

Registre-se, finalmente, em prol da adoção da solução aqui proposta, que ela ajuda a maximizar a proteção concorrencial por vias diretas e indiretas. Diretamente, este posicionamento gerará incentivos às empresas reguladas, para que, ao menos quando a invalidade regulatória seja manifesta, não adotem as condutas anticompetitivas nela autorizadas. Afinal, elas saberão que, se o fizerem, poderão ser punidas. Por outro lado, a possibilidade de que estas empresas punidas se voltem contra o regulador para exigir-lhe reparação terminará por desincentivar a emissão de regulações anticompetitivas. Neste passo, a solução atua ainda como uma espécie de controle indireto da regulação anticompetitiva, bastante útil para contornar o fato de que, como afirmado no capítulo anterior, o CADE não possui poderes de constrição dos reguladores públicos.

6.5 Conclusão

Este capítulo analisou a possibilidade de repressão às condutas anticompetitivas respaldadas na normatização pública, como forma indireta de reduzir o impacto anticompetitivo da regulação estatal. A conclusão foi a de que a estratégia é largamente inviável.

Nos casos em que a regulação pública seja juridicamente válida, qualquer respaldo que ela confira às condutas empresariais deve imunizá-las do direito antitruste. Não é nem mesmo necessário que haja compulsão, para que se afastem sanções fundadas no direito concorrencial. Conclusão diversa causaria dois graves problemas: (i) sob uma perspectiva pública, implicaria o comprometimento da política estatal que requer a exclusão das pressões concorrenciais — afastamento fundado muitas vezes em relevantes razões de interesse público; (ii) sob uma perspectiva privada, feriria a segurança jurídica e as legítimas expectativas da empresa regulada, que não poderia esperar ser juridicamente responsabilizada, uma vez que agia respaldada em medida regulatória válida.

Por outro lado, a invalidade jurídica (inconstitucionalidade ou ilegalidade) da regulação não implica necessariamente a inexistência

de imunidade antitruste para as condutas a ela conformes. Se a regulação inválida *compelia* as empresas reguladas à adoção de condutas anticompetitivas, não parece razoável sancioná-las por obedecer a esta determinação. É que, na hipótese, elas estarão na ingrata posição de cumprir a determinação regulatória e descumprir a legislação de proteção da concorrência ou o contrário. Ausente a imunidade antitruste, qualquer conduta sua poderá ser sancionada — pelo regulador ou pela autoridade antitruste. Defender a possibilidade de repressão antitruste, neste caso, corresponde a exigir do empresário que, frente a uma norma que lhe impõe um comportamento inequívoco, descumpra-a para privilegiar a interpretação que ele próprio faz das normas antitrustes.

Em apenas uma situação parece haver espaço para que a conduta empresarial respaldada em regulação estatal seja sancionada com base no direito antitruste: no caso em que a regulação (i) seja *inválida* e (ii) apenas *autorize* ou *encoraje* a adoção do comportamento em questão. É que aqui o único argumento em favor da empresa regulada seria o de que ela estava de *boa-fé* ou que não possuía *culpa* pela eventual infração. Entretanto, na sistemática da Lei nº 8.884/94 (aplicável, à ausência de norma válida que a excetue), a culpa não é pressuposto para a configuração da infração à ordem econômica e a eventual boa-fé da empresa regulada apenas concorre para que lhe seja atribuída uma pena mais branda (art. 27 da Lei nº 8.884/94). Contudo, ainda nesta hipótese — que já é, em si, bastante remota —, recomenda-se que a autoridade aplicadora do direito antitruste (o CADE ou o Poder Judiciário) atue de forma cautelosa. Primeiro, deverá considerar penalizações apenas quando a invalidade da regulação for facilmente verificável pela empresa regulada, independentemente de complexos procedimentos aplicativos da legislação antitruste. Segundo, deverá dosar adequadamente a pena a ser eventualmente aplicada, levando em consideração as circunstâncias atenuantes que incidem na espécie.

Estas ponderações indicam que a estratégia de repressão dos comportamentos empresariais anticompetitivos respaldados em medidas regulatórias é relativamente ineficaz no objetivo de

minimizar o impacto anticompetitivo da regulação estatal — uma vez que, apenas num caso específico e remoto, é ela teoricamente possível.

A tese defendida neste capítulo é bastante próxima da compreensão europeia das hipóteses de imunidades antitrustes. Afasta-se, por outro lado, do modelo americano, que vem sendo seguido de forma hesitante pelo CADE.

Conclusões

Este trabalho enfrentou o problema do impacto anticompetitivo da regulação estatal, com o objetivo de esclarecer potencialidades e limites de algumas técnicas para minimizá-lo. As estratégias examinadas foram as seguintes: (i) a anulação judicial da restrição legislativa da concorrência; (ii) o controle e a repressão ao lobby por regulação restritiva da concorrência com base no direito antitruste brasileiro; (iii) a cooperação institucional, em especial mediante atuação das entidades do SBDC como “advogadas da concorrência”; (iv) a repressão às condutas empresariais anticompetitivas respaldadas na regulação que limita a concorrência.

01. A análise empreendida na dissertação desencorajou totalmente apenas uma destas estratégias. Reputou-se não ser possível, no ordenamento jurídico brasileiro, reprimir o lobby empresarial por regulação restritiva da concorrência, com base no direito antitruste. Sustentou-se que a empresa que pressiona o regulador para a emissão de medidas anticompetitivas não comete ilícito concorrencial e, portanto, não pode ser sancionada sob este argumento. Esta tese deriva da observação de que o lobby constitui exercício de relevante direito democrático de manifestação de interesses políticos perante o Poder Público. Embora seja teoricamente admissível que se restrinja este direito fundamental para a consecução de finalidades públicas, três razões evidenciam que a sua limitação para o fim específico da proteção concorrencial não é justificável.

Em primeiro lugar, não há critérios teóricos adequados e seguros para fundamentar a repressão antitruste, dissociando de

forma clara o lobby permitido daquele que seria condenável. Disto resulta um amplo espaço para que a repressão antitruste ao lobby limite de forma excessiva o direito fundamental de manifestação de interesses políticos, desencorajando o seu exercício — com prejuízos para as empresas, mas também para o regime democrático. Em segundo lugar, a repressão atingiria condutas cujo dano à concorrência é *indireto e incerto*. Indireto porque a efetiva restrição é operada *pele regulador*; e apenas no caso em que adote a proposta das empresas que promovem o lobby. Incerto porque não há um teste adequado para avaliar o *potencial lesivo* do lobby, a exemplo do que há para as condutas anticompetitivas diretas, com o exame do poder de mercado. Em terceiro lugar, existem alternativas menos lesivas a direitos fundamentais para reduzir eventuais malefícios do lobby por regulação anticompetitiva. Apontaram-se as seguintes: (i) o ataque direto à regulação anticompetitiva que derivar do lobby; (ii) o desenvolvimento da “advocacia da concorrência” e de suas técnicas; (iii) a regulamentação do lobby. Cada uma destas alternativas possui vantagens específicas sobre a estratégia de repressão *direta* à atividade lobista.

A imunidade antitruste do lobby por regulação, que aqui foi defendida, encontra eco na experiência estrangeira. Nos Estados Unidos da América, ela é explicitamente encampada pela Suprema Corte, sob a chamada *Noerr-Pennington Doctrine*. Na União Européia, apesar de ainda não haver manifestações específicas da Corte Européia de Justiça, pronunciamentos da Corte de Primeira Instância e da Comissão Européia demonstram haver uma inclinação para que seja adotada conclusão semelhante.

O CADE, no entanto, tem entendido diversamente. Nas poucas oportunidades em que se manifestou sobre o tema, revelou clara propensão ao controle do lobby que tiver por *efeito* ou *intenção* a limitação da competitividade. Este posicionamento foi aqui criticado pelas razões expostas acima. Defendeu-se a revisão desta tendência jurisprudencial e o reconhecimento da imunidade antitruste ao lobby por regulação.

02. Bastante problemática é também a estratégia de reprimir condutas empresariais respaldadas na regulação que limita a

concorrência. Nesta questão, referente à amplitude da imunidade antitruste decorrente de medidas regulatórias, a dissertação sugeriu o abandono da utilização dos parâmetros de avaliação da *State Action Doctrine* americana, ao tempo em que aconselhou uma aproximação com a disciplina europeia. Assim, houve, aqui também, uma proposta de revisão da jurisprudência do CADE.

Sustentou-se que, no caso de regulações anticompetitivas juridicamente válidas (constitucionais ou legais), a repressão a estas condutas provocaria dois problemas: (i) sob uma perspectiva pública, implicaria o comprometimento da política estatal que requer a exclusão das pressões concorrenciais — afastamento fundado muitas vezes em relevantes razões de interesse público; (ii) sob uma perspectiva privada, feriria inegavelmente as legítimas expectativas da empresa regulada, que não poderia esperar ser juridicamente responsabilizada pelo mero fato de cumprir uma imposição regulatória. Compromete-se, assim, a segurança jurídica, essencial a qualquer regime jurídico democrático. Estes problemas se verificariam ainda que a regulação válida em questão tivesse apenas *autorizado* ou *incentivado* a adoção da conduta empresarial anticompetitiva.

Além disso, mesmo quando a regulação anticompetitiva em questão seja juridicamente inválida (inconstitucional ou ilegal), as dificuldades de reprimir as condutas nela respaldadas persistem. Fundamentalmente, não é razoável sancionar comportamentos *compelidos* pela regulação inválida. Do ponto de vista da empresa regulada, trata-se de típica situação de *inexigibilidade de conduta diversa*. Na hipótese, ela se encontra na ingrata posição de cumprir a determinação regulatória e descumprir a legislação de proteção da concorrência ou o contrário. Ausente a imunidade antitruste, qualquer conduta sua poderá ser sancionada — pelo regulador ou pela autoridade antitruste. Ainda mais gravemente, defender a possibilidade de repressão, neste caso, corresponde a exigir do empresário que, frente a uma norma que lhe impõe um comportamento inequívoco, descumpra-a para privilegiar a interpretação que ele próprio faz das normas antitrustes.

Na verdade, em apenas uma situação parece haver espaço para que a conduta empresarial respaldada em regulação estatal

seja sancionada com base no direito antitruste: no caso em que a regulação (i) seja *inválida* e (ii) apenas *autorize* ou *encoraje* a adoção do comportamento em questão. É que aqui o único argumento em favor da empresa regulada seria o de que ela estava de *boa-fé* ou que não possuía *culpa* pela eventual infração. Entretanto, na sistemática da Lei nº 8.884/94 (aplicável, à ausência de norma válida que a excetue), a culpa não é pressuposto para a configuração da infração à ordem econômica e a eventual boa-fé da empresa regulada apenas concorre para que lhe seja atribuída uma pena mais branda (art. 27 da Lei nº 8.884/94). Contudo, ainda nesta hipótese — que já é, em si, bastante remota —, recomenda-se que o aplicador do direito antitruste atue de forma cautelosa. Primeiro, deverá considerar penalizações apenas quando a invalidade da regulação for facilmente verificável pela empresa regulada, independentemente de complexos procedimentos aplicativos da legislação antitruste. Segundo, deverá dosar adequadamente a pena a ser eventualmente aplicada, levando em consideração as circunstâncias atenuantes que incidem na espécie.

Ou seja, esta estratégia de repressão *indireta* da regulação anticompetitiva, atingindo as condutas nela respaldadas, é relativamente ineficaz para o objetivo de minimizar o impacto anticompetitivo da regulação estatal — uma vez que, apenas num caso específico e remoto, é ela teoricamente possível.

03. As duas outras estratégias examinadas na dissertação apresentam problemas de menor monta. Para começar, é possível — e mesmo impositivo — que se promova o controle de constitucionalidade da legislação que restringe a concorrência, anulando-a quando juridicamente inválida. Entretanto, a disciplina jurídica das restrições legislativas da concorrência difere, quer se trate de regulação de serviços públicos ou de atividades econômicas em sentido estrito.

No caso da regulação de serviços públicos, há pouco espaço para anulação de opções legislativas anticompetitivas. É que, no âmbito desta atividade, não há direcionamento constitucional no sentido de que se deva permitir tanta concorrência quanto seja possível do ponto de vista estrutural (ou econômico) do serviço.

A Constituição confere ao Poder Público (à União, aos Estados Membros, ao Distrito Federal e aos Municípios, conforme as suas próprias competências) a *decisão política* de submeter ou não a prestação dos serviços públicos ao modelo concorrencial. Ainda mais: nos casos em que o Poder Público decida pela abertura do serviço à concorrência, cabe-lhe também a decisão a propósito do grau e da intensidade da competitividade que nele se estabelecerá. Assim, o argumento da limitação concorrencial não tem relevância para a verificação da constitucionalidade da lei que estabelece o marco regulatório de um serviço público.

Duas ressalvas foram feitas a esta conclusão. A primeira é a de que se o ente titular do serviço público permitir a sua prestação por particulares, *deverá* ser respeitado o dever de promoção da competitividade *pelo mercado*. No caso, o serviço será prestado sob regime de concessão ou permissão, as quais serão necessariamente precedidas de licitação. A segunda é a de que o legislador não é totalmente livre para decidir as atividades que serão prestadas sob regime de serviço público. Assim, é possível controlar restrições concorrenciais fundamentadas na qualificação indevida de algumas atividades como serviço público.

Diversamente, no caso da regulação de atividades econômicas em sentido estrito, há maior escopo para controle das restrições legislativas à concorrência. Nesta hipótese, o princípio constitucional da livre-concorrência incide para limitar as opções regulatórias. As restrições legislativas da concorrência serão inválidas e poderão ser anuladas judicialmente quando tenham restringido a livre-concorrência de modo *irrazoável* ou *desproporcional*. Com base no primeiro destes critérios, podem ser afastadas restrições concorrenciais que não tenham finalidades constitucionalmente protegidas ou cujas razões teóricas não encontrem substrato fático a respaldá-las. Por sua vez, o requisito da proporcionalidade pode condenar soluções que (i) careçam da mínima aptidão para a consecução da finalidade eleita; (ii) provoquem restrições concorrenciais mais intensas do que o necessário para a realização desta finalidade; ou (iii) promovam benefícios sociais *manifestamente* inferiores aos prejuízos decorrentes da limitação da competitividade.

Esclareceu-se que razoabilidade e proporcionalidade constituem juízos dissociados e igualmente importantes. Por exemplo, é possível que determinada medida regulatória, apesar de enfrentar um problema faticamente existente com a finalidade de promover valor constitucionalmente protegido, promova restrição concorrencial muito mais amplas do que o que seria adrede necessário. Neste caso, ela será *razoável*, mas *desproporcional*.

No mais, afirmou-se que a verificação concreta do cumprimento destes dois critérios dependerá da análise das circunstâncias do caso concreto — e poderá depender do recurso à ciência econômica, que emprestará a estas formulações normativas abstratas significados normativos concretos. Ressalvou-se, enfim, que a anulação judicial de medidas regulatórias deverá envolver alguma cautela, para evitar intervenção excessiva do Poder Judiciário sobre as escolhas políticas do Poder Legislativo.

04. Também é plenamente cabível que as entidades componentes do SBDC exerçam atividades relativas à “advocacia” ou “promotoria” da concorrência. Aliás, não possuindo poderes de constrição de autoridades públicas, é no âmbito destas atividades que o CADE, em especial, tem mais a contribuir para minimizar o impacto anticompetitivo da regulação estatal.

A advocacia da concorrência contribui para reduzir a anticompetitividade regulatória de quatro maneiras distintas. Primeiro, ao produzir um importante efeito anticaptura, ajudando a corrigir falhas do “mercado político”. O advogado da concorrência pode atuar em favor de grupos cujos custos de organização e informação são proibitivos (caso dos consumidores em geral), contribuindo a fazer valer também os seus interesses e contrapondo a força da atuação política da indústria regulada. Segundo, através da cooperação institucional direta, o advogado da concorrência pode informar ao regulador dos efeitos nefastos à competitividade que resultariam das medidas por ele pretendidas, ou que já resultam das medidas por ele adotadas. No primeiro caso, a atuação pode desencorajar a aprovação de regulação anticompetitiva; no segundo, pode implicar a sua retirada. Terceiro, a advocacia da concorrência compreende atuações judiciais, como *amicus curiae*, para

conferir ao magistrado necessário auxílio técnico para a solução de difíceis lides concorrenciais. É conveniente, por exemplo, que o CADE participe das Ações Diretas de Inconstitucionalidade em que se discuta a razoabilidade ou a proporcionalidade das restrições concorrenciais regulatórias. Finalmente, de uma forma bastante difusa (e menos intensa), a advocacia da concorrência contribui para a formação de uma “consciência coletiva” dos benefícios da competitividade dos mercados, circunstância que permite um mais efetivo controle social (e político) das medidas públicas restritivas da concorrência.

Os grandes problemas desta última estratégia estão relacionados à sua incerta efetividade. Como as manifestações do advogado da concorrência não são de adoção compulsiva pelos reguladores e as evidências quantitativas do sucesso das medidas promotoras da concorrência são quase inexistentes, sugeriu-se a promoção de pesquisas diante dos reguladores que foram alvos destas atividades. A providência permitiria colher informações importantes para aumentar a transparência e a *accountability* do advogado da concorrência, assim como para lhe permitir ampliar a eficácia desta atividade.

05. Em resumo, a análise empreendida nesta dissertação das estratégias para minimização do impacto anticompetitivo da regulação demonstrou ser (i) juridicamente inviável a repressão antitruste da atividade lobista e (ii) bastante problemática (embora possível, num caso específico) a repressão às condutas empresariais respaldadas na regulação anticompetitiva. Por outro lado, revelou que, dentro de alguns limites, (iii) as restrições legislativas à concorrência no âmbito das atividades econômicas em sentido estrito poderão ser anuladas judicialmente quando *irrazoáveis* ou *desproporcionais* e que (iv) a advocacia da concorrência possui importantes efeitos anticaptura e de divulgação, entre cidadãos e reguladores, dos benefícios da competitividade.

De todo modo, não era objetivo deste trabalho apontar *a melhor* solução ou classificar as estratégias estudadas de acordo com o critério de sua efetividade. Afinal, elas não são mutuamente excludentes. Muito ao contrário, há amplo espaço para que sejam

utilizadas de maneira complementar. O fundamental era esclarecer as potencialidades e os limites de cada uma delas. Assim se contribui para uma reflexão realista sobre sua utilização, do que pode resultar uma mais efetiva organização de recursos e de esforços para reduzir as restrições regulatórias da concorrência.

Referências

1. Livros e artigos

AMATO, Giuliano; LAUDATI; Lauraine (ed.). *The anticompetitive impact of regulation*. Cheltenham: Edward Elgar, 2001.

ANNAMAYER, Aurore Laget. *La régulation des services publics en réseaux: télécommunications et électricité*. Paris: LGDJ, 2002.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. O conceito jurídico de regulação da economia. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, abr./jun. 2001.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. O princípio da proporcionalidade no direito econômico. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 98, n. 359, jan./fev. 2002.

AREEDA, Philipp. *Antitrust Analysis: material, text, cases*. Boston: Little, Brown and company, 1967.

AREEDA, Philipp; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application*. 2. ed. Aspen Pub, 2000.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La regulación económica: teoría y práctica de la regulación para la competencia*. Buenos Aires: Ábaco, 1996.

ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 236, p. 369-384, abr./jun. 2004.

ÁVILA, Humberto. Redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, jan./mar. 1999.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, São Paulo, v. 24, p. 159-180, 1999.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding Regulation*. New York: Oxford, 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e revolução. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 200, abr./jun. 1995.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *BDA-Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 13, n. 3, mar. 1997.

- BARROSO, Luis Roberto. Poder executivo: lei inconstitucional: descumprimento. *Revista de Direito Administrativo*, p. 181-182/393.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BECKER, Gary. A Theory of competition among pressure groups for political influence. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 98, n. 3, p. 371-400, 1983.
- BERMANN, George. Regolazione e liberalizzazione dei mercati: un'analisi comparativa. In: TESAURO, Giuseppe; D'ALBERTI, Marco (Coord.). *Regolazione e concorrenza*. Bologna: Il Mulino, 2000.
- BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 239.
- BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 34, 1994.
- BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito fundamental de petição*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP, São Paulo. Mimeografado.
- BREYER, Stephen et al. *Administrative Law and regulatory policy*: problems, text, and cases. 4. ed. Aspen Law & Business, 1999.
- BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1984. v. 1.
- CARVALHO, Vinicius Marques de. Regulação de serviços públicos e intervenção estatal na economia. In: FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira (Org.). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.
- CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Controle estrutural no setor de telecomunicações: regulação setorial e direito concorrencial nos serviços de telefonia fixa e móvel. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 11, n. 1, 2004.
- CASSESE, Sabino. Regolazione e Concorrenza. In: TESAURO, Giuseppe; D'ALBERTI, Marco (Coord.). *Regolazione e concorrenza*. Bologna: Il Mulino, 2000.
- CASSESE, Sabino; FRANCHINI, Claudio (Coord.). *I garanti delle regole*. Bologna: Il Mulino, 1996.
- CELNICKER, Arnold C. The Federal Trade Commission's competition and consumer advocacy program. 33 *St. Louis University Law Journal*, 379, 1988-1989.

- CHALMERS, Damian et al. *European Union Law*. Cambridge: Cambridge, 2006.
- CHARBIT, Nicolas. *Le droit de la concurrence et le secteur public*. Paris: Harmattan, 2002.
- CINTRA, Fernando Pimentel. O princípio da subsidiariedade no Direito Administrativo. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito do Estado da FADUSP, São Paulo, 1993. Mimeografado.
- COLSON, Jean Philippe. *Droit public économique*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2001.
- COMPARATO, Fábio Konder. Regime constitucional de controle de preços. In: *Direito Público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- COONEY, William. Competition and the Noerr-Pennington Doctrine: when should political activity be barred under European Community competition law?. 34 *George Washington International Law Review* 871, 2002-2003.
- COOPER, James C. et al. Theory and practice of competition advocacy at the FTC. *Antitrust Law Journal*, v. 72, n. 3, 2005.
- DAVIS, Daniel J. The Fraud Exception to the Noerr Pennington Doctrine in Judicial and Administrative Proceedings. 69 *University of Chicago Law Review* 325, 2002.
- DELVOLVÉ, Pierre. *Droit public de l'économie*. Paris: Dalloz, 1998.
- DESTOURS, Stéphane. *La soumission des personnes publiques au droit interne de la concurrence*. Paris: Litec, 2000.
- DIDIER JR, Fredie. A intervenção judicial do CADE (art. 89, LF 8.884/94) e da CVM (art. 31, LF 6.385/76). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 115, p. 151-163, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- ELIA, Leopoldo. La disciplina dell'economia: forme dell'intervento normativo. In: TESAURO, Giuseppe; D'ALBERTI, Marco (Coord.). *Regolazione e concorrenza*. Bologna: Il Mulino, 2000.
- EVENETT, Simon J. Competition Advocacy: time for a rethink?. 26 *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2005-2006.
- FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e direito concorrencial (as telecomunicações)*. São Paulo: Paulista, 2003.
- FARJAT, Gérard. *Droit économique*. 2. ed. Paris: PUF, 1982.
- FONSECA, Antonio. O papel do CADE em face da desestatização. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 4, n. 2, fev. 1997.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FOX, Eleanor M. State action in comparative context: What if Parker v. Brown were Italian?. In: HAWK, Barry (Ed.). *International Antitrust Law & Policy*: Fordham Corporate Law 2003. New York: Juris, 2003.
- FREIRE, Marusa Vasconcelos. A atuação do CADE diante da desestatização. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n. 23, p. 67-72, abr./jun. 1996.

FRIGNANI, Aldo; WAELBROECK, Michel. *Disciplina della concorrenza nella CEE*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1983.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne (Dir.). *Les risques de régulation*. Paris: Dalloz, 2005.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne (Dir.). *Règles et pouvoirs dans les systems de regulation*. Paris: Dalloz, 2004.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. L'hypothèse de l'interrégulation. In: FRISON-ROCHE, Marie-Anne (Dir.). *Les risques de régulation*. Paris: Dalloz, 2005.

GAGLIARDI, Andrea Filippo. United States and European Union Antitrust versus States regulation of the economy: is there a better test?. *ELRev*, 25(4), 2000.

GARCIA, Flávio Amaral. Conflito de competência entre o CADE e as agências reguladoras que atuam no campo dos serviços públicos. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 11, 2002.

GÉNÉREUX, Jacques. *Introduction à l'économie*. 3. ed. Paris: Seuil, 2001.

GOSSET-GRAINVILLE, Antoine. Le droit de la concurrence peut-il jouer un rôle d'interrégulateur?. In: FRISON-ROCHE, Marie-Anne (Dir.). *Le risques de régulation*. Paris: Dalloz, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRAU, Eros Roberto. Comercialização de cigarros: inconstitucionalidade da restrição ao número de unidades; interpretação da Constituição, livre iniciativa e princípio da proporcionalidade (parecer). *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, 1999.

GRAU, Eros Roberto. Jornalista: curso superior; princípio da proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 220, p. 278-292, abr./jun. 2000.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andréa. CADE vs. BACEN: conflitos de competência entre autarquias e a função da advocacia-geral da União. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 53, n. 135, jul./set. 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, v. 3, n. 4, maio 2000.

GYSELEN, Luc. Anti-competitive state measures under the EC Treaty: towards a substantive legality standard. *European Law Review*, p. 55-89, 1993. Supp. (Comp. Law checklist).

HANDLER, Milton; DE SEVO, Richard A. The Noerr Doctrine and its Sham Exception, *6 Cardozo Law Review* 1, 1984-1985.

HARRIS, Dean M. State Action Immunity from Antitrust Law for Public Hospitals: the hidden time bomb for health care reform. *44 University of Kansas Law Review* 475, 1995-1996.

HJELMFELT, David C. *Antitrust and regulated industries*. New York: John Wiley & Sons, 1985.

HOLZER, Audrey G. An analysis for reconciling the antitrust laws with the right to petition: Noerr-Pennington in light of Cantor v Detroit Edison. *27 Emory Law Journal* 673, 1978.

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust and the regulatory enterprise. *Columbia Business Law Review* 335, 2004.

HOVENKAMP, Herbert. Federalism and Antitrust Reform. *40 University of San Francisco Law Review* 627, 2005-2006.

INMAN, Robert P.; RUBINFELD, Daniel L. Making sense of the antitrust State-Action Doctrine: balancing political participation and economic efficiency in regulatory federalism. *75 Texas Law Review* 1203, 1996-1997.

JEANNENEY, Pierre-Alain. Le régulateur producteur de droit. In: FRISON-ROCHE, Marie-Anne (Dir.). *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*. Paris: Dalloz, 2004.

JORDAN, William A. Producer protection, prior market structure and the effects of government regulation. *Journal of Law and Economics*, v. 15, n. 1, p. 151-176, 1972.

JORDE, Thomas M. Antitrust and the New State Action Doctrine: a return to deferential economic federalism. *75 California Law Review* 227, 1987.

JORDE, Thomas M.; TEECE, David J. (Ed.). *Antitrust, Innovation, and Competitiveness*. Oxford: OUP, 1992.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

KEYES, Lucille Sheppard. The Problem of the 'good trust. In: PHILLIPS, Almarin. *Perspectives on Antitrust Policy*. New Jersey: Princeton University, 1965.

KINTNER, Earl W.; BAUER, Joseph P. Antitrust exemptions for Private Requests for Governmental Action: A Critical Analysis of the Noerr-Pennington Doctrine. *17 University of California Davis Law Review* 549, 1983-1984.

KOHL, Michael. Constitutional limits to anticompetitive regulation: the principle of proportionality". In: AMATO, Giuliano; LAUDATI, Lauraine (Ed.). *The anticompetitive impact of regulation*. Cheltenham: Edward Elgar, 2001.

KORAH, Valentine. *An introductory guide to EC Competition law and practice*. Portland: Hart, 2004.

LA SPINA, Antonio; MAJONE, Giandomenico. *Lo Stato Regolatore*. Bologna: Il Mulino, 2000.

LABRIOLA, Silvano (Coord.). *Le autorità indipendenti: da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*. Milano: Giuffrè, 1999.

LAVROFF, Sonia Dubourg. Le droit de pétition en France. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger*, Paris, n. 6, nov./dec. 1992.

LAZZARINI, Alexandre Alves. A intervenção do CADE no processo judicial. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 105, jan./mar. 2002.

LOMBARD, Martine. La régulation dans un État de droit. In: FRISON-ROCHE, Marie-Anne (Dir.). *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*. Paris: Dalloz, 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista de Direito Público da Economia-RDPE*, n. 1, jan./mar. 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O conflito entre princípios constitucionais: breves pautas para sua solução. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, v. 3, n. 10, p. 40-45, jan./mar. 1995.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação setorial e autoridade antitruste: a importância da independência do regulador. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; ROCHA, Paulo Todescan Lessa. *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Da falta de razoabilidade do Poder Legiferante. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 213, jul./set. 1998.

McGOWAN, David; LEMLEY, Mark A. Antitrust immunity: state action and federalism, petitioning and the first amendment. 17 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 293, 1994.

McGOWAN, John J. Mergers for power or progress?. In: M. FISHER, Franklin (Ed.). *Antitrust and regulation*. Cambridge: MIT Press, 1985.

MEHTA, Kirti. Competition advocacy within the European Commission: the role of DG competition. In: AMATO, Giuliano; LAUDATI, Lauraine (Ed.). *The anticompetitive impact of regulation*. Cheltenham: Edward Elgar, 2001.

MEIER, Kenneth J. *Regulation: politics, bureaucracy, and economics*. New York: St. Martin's Press, 1985.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELO, Murilo Otávio Lubambo de. Defesa da concorrência nos setores regulados: limites e potencialidades do direito concorrencial. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 13, n. 1, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *IOB-Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. São Paulo, n. 14, p. 372-361, jul. 2000.

MENDES, Mário Marques. State intervention/State Action: a U.S. and EC Perspective from Cassis de Dijon to Altmark Trans and beyond: trends in the assessment of state intervention by the European Courts. In: HAWK, Barry (Ed.). *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law*. New York: Juris, 2003.

MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. Conselho administrativo de defesa econômica (CADE) e Banco Central do Brasil (BACEN): concorrência e regulação no sistema financeiro nacional. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 63-89, 2006.

MOORE, Thomas Gale. The beneficiaries of trucking regulation. *Journal of Law and Economics*, v. 21, n. 2, p. 327-343, 1978.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As categorias de interesses na Constituição de 1988. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 85, n. 307, jul./set., 1989.

MURIS, Timothy J. Clarifying the State Action and Noerr exemptions. *27 Harvard Journal of Law and Public Policy*, 2003-2004.

MURIS, Timothy J. Creating a culture of competition: the essential role of competition advocacy. *Panel on competition advocacy & Antitrust authorities*. Naples, Italy. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/speeches/muris/020928naples.htm>>. Acesso em: 26 dez. 2006.

MURIS, Timothy J. Looking Forward: The Federal Trade Commission and the Future Development of U.S. Competition Policy. *Columbia Business Law Review* 363, 2003.

MURIS, Timothy J. State intervention/State Action: a U.S. perspective. In: HAWK, Barry (Ed.). *International Antitrust Law & Policy*: Fordham Corporate Law 2003. New York: Juris, 2003.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Intervenção estatal sobre o domínio econômico: livre iniciativa e proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 224, abr./jun. 2001.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In: SUNDFELD Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

ODUDU, Okeoghene. *The boundaries of EC Competition Law*. New York: Oxford University Press, 2006.

OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. *Lobby e Representação de Interesses*: lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2004. Mimeografado.

OLIVEIRA, Gesner; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Regulation and competition policy: towards an optimal institutional configuration in the Brazilian telecommunications industry. *25 Brooklyn Journal of International Law* 311, 1999.

PALMEIRA, Marcos Rogério. O judiciário e a separação de poderes: aspectos políticos do controle da constitucionalidade das leis. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 6, n. 12, p. 145-64.

PELTZMAN, Sam. Toward a more general Theory of Regulation. *Journal of Law and Economics*, v. 19, n. 2, p. 211-240, 1976.

PELTZMAN, Sam; LEVINE, Michael E.; NOLL, Roger G. The Economic Theory of Regulation after a decade of deregulation. *Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics*, 1989.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Análise de concentração econômica no setor de Comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública. *Revista de Direito da Concorrência*, v. especial, p. 56-87, 2003.

PINTO, Ilenia Massa. *Il principio di sussidiarietà: profili storici e costituzionali*. Napoli: Jovene, 2003.

PROSSER, Tony. Regolazione dei servizi di pubblica utilità: l'esperienza anglosassone. In: TESAURO, Giuseppe; D'ALBERTI, Marco (Coord.). *Regolazione e concorrenza*. Bologna: Il Mulino, 2000.

RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. *Direito das telecomunicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

RICHARDS, Eric L. Exploring the far reaches of the State Action exemption: implications for federalism. *57 St. John's Law Review* 274, 1982-1983.

RIZZA, Cesare. The duty of national competition authorities to disapply anti-competitive domestic legislation and the resulting limitations on the availability of the state action defence (Case C-198/01 CIF). *25(2) European Common Law Review* 126, 2004.

ROCHA, Bolívar Moura. Articulação entre regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 5, n. 7, p. 47-58, 1998.

ROCHA, Bolívar Moura; OLIVEIRA, Hermes Nereu Cardoso. Balanço da articulação entre órgãos de defesa da concorrência e agências reguladoras de infra-estrutura. In: ROCHA, Bolívar Moura (Org.). *A regulação de infra-estruturas no Brasil: balanços e propostas*. São Paulo: IOB-Thomson, 2003.

ROCHA, Luiz Alberto. Princípio da razoabilidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 98, n. 360, mar./abr. 2002.

RODRIGUEZ, A. E.; COATE, Malcolm B. Competition Policy in Transition Economies: the role of competition advocacy. *23 Brooklin Journal of International Law* 365, 1997-1998.

SADELLER, Nicolas de. Le principe de proportionnalité: cheval de troie du marché interieur?. *Revue des Affaires Européennes*, Paris, v. 9, n. 3/4, 1999.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e Antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes et al (Org.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SANTOS, Antônio Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduardo; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

SAPPINGTON, David E. M.; SIDAK, J. G. Competition law for state-owned enterprises. *71 Antitrust Law Journal* 481, 2003-2004.

SARASOLA, Ignacio Fernandez. Comentario a la ley 4/2001, reguladora del derecho de petición. *Revista Espanola de Derecho Constitucional*, Madrid, v. 22, n. 65, mayo/ago. 2002.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SCHEPEL, Harm. Delegation of Regulatory Powers to Private Parties Under EC Competition Law: Towards a procedural public interest test. *39 Common Market Law Review* 31, 2002.

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, Socialism and Democracy*. Taylor&Francis Books, 1976.

SCHWARZE, Jurgen. *European Administrative Law*. London: Sweet and Maxwell, 1992.

SEMERARO, Steven. Demystifying antitrust State Action Doctrine, *24 Harvard Journal of Law & Public Policy* 203, 2000-2001.

SILVA, José Afonso da. Controle da constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul-RS, v. 5, n. 25, maio/jun. 2004.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, abr. 2002.

SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. Direito da concorrência e regulação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 1, p. 17, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 03 jan. 2008.

SOUZA, Ana Maria A. Figueiredo de; MEDEIROS, Filipe Cleodon Cordeiro de; MARQUES, Silvia Badim. Regulação sanitária por um enfoque judicial: o horário de funcionamento de farmácias e drogarias no Estado de São Paulo. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 3, n. 3, nov. 2002.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 3-2, 1971.

STIGLITZ, Joseph. *Economics*. 2. ed. Nova York: W.W. Norton & Company, 2000.

SULLIVAN, Lawrence A. Developments in the Noerr Doctrine. *56 Antitrust Law Journal* 361, 1987.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. Concorrência e regulação no sistema financeiro. In: CAMPI-LONGO, Celso Fernandes et al. *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. O CADE e a competição nos serviços públicos. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 33, 2001.

TEREPINS, Sandra. Sham litigation: uma exceção à doutrina Noerr-Pennington e a experiência recente vivida pelo CADE. *Revista do Ibrac*, v. 15, n. 1, p. 63-97, 2008.

TESAURO, Giuseppe; D'ALBERTI, Marco (Coord.). *Regolazione e concorrenza*. Bologna: Il Mulino, 2000.

TUCKER, Robert L. Vexatious litigation as unfair competition, and the applicability of the Noerr-Pennington Doctrine. *22 Ohio Northern University Law Review* 119, 1995-1996.

VOSSESTEIN, Adrian J. Corporate efforts to influence public authorities, and the EC rules on competition. *Common Market Law Review* 37, p. 1383-1402, 2000.

WAINWRIGHT, Richard; BOUQUET, André. State intervention and action in EC competition law. In: HAWK, Barry (Ed.). *International Antitrust Law & Policy*: Fordham Corporate Law 2003. New York: Juris, 2003.

WALTENBERG, David. O direito da energia elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

WHISH, Richard. *Competition Law*. 5. ed. London: Lexis Nexis, 2004.

WOFFORD, Russel. Considering the 'pattern litigation' exception to the Noerr-Pennington Antitrust Defens. *49 Wayne Law Review* 95, 2003-2004.

2. Documentos oficiais

Commission of the European Communities. DG Competition 2005, Annual Management Plan. Disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/annual_management_plan/amp_2005_en.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2006.

Commission of the European Communities. Professional Services - Scope for more reform, Follow-up to the Report on Competition in Professional Services, COM(2004) 83 of 9 February 2004. Disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/liberal_professions/sec200564_en.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2006.

Federal Trade Commission. Report of the State Action Task Force, da Federal Trade Commission, p. 01. Disponível em: <<http://www.ftc.gov>>. Acesso em: 26 dez. 2006.

Federal Trade Commission. Enforcement perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/2006/11/noerr.html>> Acesso em: 25 dez. 2006.

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. Competition Law and Policy in Brazil. *Policy Brief*, September 2005. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/62/35/35415135.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2007.

Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). Relatório de Atividades em 2006. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2007.

Sub-group 4 of the Capacity Building & Competition Policy Implementation - CBCPI. Competition advocacy on regulated sectors: examples of success. *International competition network, 2004 Annual Conference*, Seul, Korea. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_3rd_seoul_2004/capacitybuild_sg4_seoul.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2007.

3. Casos

3.1. Brasil

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração nº. 08012.006762/2000-09. Conselheira Relatora: Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva. Requerentes: Banco Finasa de Investimento S/A; Brasmetal Industrial S/A e Zurich Participações e Representações Ltda. *DOU*, 21 dez. 2001.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração nº. 08012.004550/1999-11. Conselheiro Relator: Celso Fernandes Campilongo. Requerentes: Companhia de Gás de São Paulo (COMGÁS); Integral Holding S/A. *DOU*, 28 maio 2001.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração nº. 08012.007398/2000-70. Conselheiro Relator: Cleveland Prates Teixeira. Requerentes: TAM - Transportes Aéreos Meridional S/A; TAM - Transportes Aéreos Regionais S/A e Transbrasil S/A Linhas Aéreas. *DOU*, 01 ago. 2002.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração nº. 08012.010136/1999-96. Conselheiro Relator: Celso Fernandes Campilongo. Requerentes: Companhia Energética do CEARÁ (COELCE) e Distriluz Energia Elétrica S/A. *DOU*, 30 out. 2000.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração nº. 08012.003207/2000-28. Conselheiro Relator: Afonso Arinos de Mello Franco Neto. Requerentes: ADL Energy S/A e Companhia Energética de Pernambuco (CELPE). *DOU*, 07 nov. 2000.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração nº. 08012.000343/2006-41. Conselheiro Relator: Abraham Benzaquem Sicsú. Requerentes: Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras) e Blade Securities Limited. *DOU*, 09 nov. 2007.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Averiguação Preliminar nº. 08012.005610/2000-81. Conselheiro Relator: Luis Fernando Schuartz. Representante: Viação Oliveira Torres. Representada: Empresa Valadarensense de Transporte Coletivo Ltda. *DOU*, 18 set. 2006.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Averiguação Preliminar nº. 08012.006076/2003-72. Conselheiro Relator: Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Representante: Grupo Moura. Representada: Optus Indústria e Comércio Ltda. et al. *DOU*, 17 set. 2007.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Consulta 34/99. Interessado: Rádio Táxi Brasília Ltda., Conselheira Relatora Lucia Helena Salgado e Silva.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº. 08000.002605/97-52. Conselheiro Relator: Marcelo Procópio Calliari. Representante: Associação Mineira dos Usuários de Transportes de Passageiros e Carga (AMUT). Representadas: Empresa de Transportes e Trânsito da Região Metropolitana de Belo Horizonte (BHTRANS) et al. *DOU*, 31 mar. 1999.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº. 08012.006207/98-48. Conselheiro Relator: Afonso Arinos de Mello Franco Neto. Representantes: Companhia Nacional de Álcalis et al. Representadas: Companhia Estadual de Gás do Rio de Janeiro (CEG) e Riogás S/A. *DOU*, 09 fev. 2001.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº. 08012.006507/1998-81. Conselheiro Relator: Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer. Representante: Ivan Garcia Diniz. Representadas: COOPERTAXI et al. *DOU*, 20 ago. 2003.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº. 08000.007754/1995-28. Conselheiro Relator: Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Representante: Augusto Carvalho. Representadas: Associação Brasileira de Agências de Viagens (ABAV) e Sindicatos das Empresas de Turismo (SINDETUR/DF). Data do Julgamento: 01.09.2004.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº. 08000.024581/1994-77. Conselheiro Relator: Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Representante: DPDE “ex officio”. Representados: SINPETRO/DF; Rede Gasol (Grupo Cascão); Rede Igrejinha. *DOU*, 09 fev. 2005.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº. 08000.021660/96-05. Conselheiro Relator: Fernando de Oliveira Marques. Representante: SDE “Ex Officio”. Representadas: Empresas de Transporte Coletivo do Rio de Janeiro. *DOU*, 07 fev. 2003.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº. 08012.005769/98-92. Conselheiro Relator: Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva. Representante: SDE “Ex Officio”. Representada: SINDICAVIR/DF. *DOU*, 28 jan. 2000.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Representação nº 07/93, apensada a Representação nº 69/93. Conselheiro Relator: Paulo Dyrceu Pinheiro. Representante: CEBRACAN - Câmara das Empresas Brasileiras de Capital Nacional. Representada: RODONAL - Empresa de Passageiros. Data do julgamento: 05.11.1997.

Supremo Tribunal Federal (STF). ADI 1950/SP, Relatoria do Ministro Eros Roberto Grau, julgado em 03/11/2005. Requerente: Confederação Nacional do Comércio (CNC); Requerida: Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.

Supremo Tribunal Federal (STF). ADI 2327/SP; Tribunal Pleno; Relator: Min. Gilmar Mendes; *DJ*, 22 ago. 2003.

Supremo Tribunal Federal (STF). ADI 3512/ES, Relatoria do Ministro Eros Roberto Grau, julgado em 15/02/2006. Requerente: Governador do Estado do Espírito Santo; Requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo.

Supremo Tribunal Federal (STF). ADI-MC 855/PR; Tribunal Pleno; Relator: Min. Sepúlveda Pertence; *DJ*, 01 jul. 1993.

Supremo Tribunal Federal (STF). ADI-QO 319/DF; Tribunal Pleno; Relator: Min. Moreira Alves; *DJ*, 30 abr. 1993.

Supremo Tribunal Federal (STF). AGRADI 748-RS, rel. Min. Celso de Mello, j. 01.08.1994, *DJ*, p. 31.392, 18 nov. 1994.

Supremo Tribunal Federal (STF). AI-Agr 481.886/SP; Relator: Min. Carlos Velloso; *DJ*, 01 abr. 2005.

Supremo Tribunal Federal (STF). RE 174.645/SP; 2ª Turma; Relator: Min. Maurício Corrêa; *DJ*, 27 fev. 1998.

Supremo Tribunal Federal (STF). RE 189.170/SP; 2ª Turma; Relator: Min. Marco Aurélio; *DJ*, 08 ago. 2003.

Supremo Tribunal Federal (STF). RE 193.749/SP; Tribunal Pleno; Relator: Min. Carlos Velloso; Relator p/Acórdão: Min. Maurício Corrêa; *DJ*, 04 jun. 1998.

Supremo Tribunal Federal (STF). RE 199.101/SC, 1ª Turma; Relator: Min. Sepúlveda Pertence; *DJ*, 30 set. 2005.

Supremo Tribunal Federal (STF). RE 199.517/SP; Tribunal Pleno; Relator: Min. Carlos Velloso; Relator p/Acórdão: Min. Maurício Corrêa; *DJ*, 13 nov. 1998.

Supremo Tribunal Federal (STF). RE 204.187/MG; 2ª Turma; Relatora: Min. Ellen Gracie; *DJ*, 02 abr. 2004.

Supremo Tribunal Federal (STF). RE 235.736, 1ª Turma, Relator: Min Ilmar Galvão, *DJ*, 05 fev. 2000.

Supremo Tribunal Federal (STF). RE 274.028/SP; Relator: Min. Moreira Alves; *DJ*, 10 ago. 2001.

Supremo Tribunal Federal (STF). Resp. 23.121, Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, *DJ*, p. 23.521, 08 nov. 1993; *LEXSTJ*, v. 55; p. 152; Decisão: 06.10.1993.

Supremo Tribunal Federal (STF). Rp 930/DF; Tribunal Pleno; Relator: Min. Cordeiro Guerra; Relator p/ Acórdão: Min. Rodrigues Alckmin, *DJ*, 05 maio 1976.

3.2. Estados Unidos da América

Bates v. State Bar of Arizona, (1977) 433 U.S. 350.

California Motor Transport v. Trucking Unlimited, 404 U.S. 508.

- California Retail Liquor Dealers v. Midcal Aluminium*, (1980) 445 U.S. 97.
- California v. FPC*, 369 U.S. 482 (1962).
- City of Columbia v Omni Outdoor Advertising* 499 U.S. 365.
- City of New Orleans*, 105 *Federal Trade Commission 1*, (1985).
- Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight*, 365 U.S. 127.
- Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association*, 493 U.S. 411.
- Georgia v. Pennsylvania R. Co.*, 324 U.S. 439 (1945).
- Goldfarb v. Virginia*, (1975) 421 U.S. 773.
- Hughes Tool Co. v. Trans World Airlines, Inc.*, 409 U.S. 363 (1973).
- Northern Pac. Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958).
- Pan American World Airways, Inc. v. United States*, 371 U.S. 296 (1963).
- Parker v. Brown*, (1943) 317 U.S. 341.
- Postal Service v. Flamingo Industries Ltd.*, 540 U. S. 736 (2004).
- Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures*, 508 U.S. 49.
- Ricci v. Chicago Mercantile Exchange*, 409 U.S. 289 (1973).
- Silver v New York Exchange*, 373 U.S. 341.
- Southern Motor Carriers v. United States*, 471 U.S. 48 (1985).
- Town of Hallie v City of Eau Claire*, 471 U.S. 34.
- United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657.
- United States v. Borden Co.*, 308 U.S. 188, 198 (1939).
- United States v. Cooper Corp.*, 312 U. S. 600.
- United States v. National Association Securities Dealers*, 422 US 694.
- United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321, 350 (1963).

3.3. União Européia

- Case 13/77 *GB-Inmo v. ATAB* [1977] ECR 2115.
- Case 267/86 *Pascal Van Eycke v ASPA NV* [1988] ECR 4769.
- Case 311/85, *ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus v. ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en. Gewestelijke Overheidsdiensten* [1987] ECR 3801.
- Case C-163/96 *Silvano Raso* [1998] ECR I-533.
- Case C-185/91 *Bundesanstalt für den Güterfernverkehr v Gebrüder Reiff GmbH & Co. KG* [1993] ECR I-5801).
- Case C-198/01 *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* [2003] ECR I-8055.

Case C-2/91 *Wolf W.Meng* [1993] ECR I-5751.

Case C-260/89, *Elleniki Radiophonia Tileorassi (ERT) AE v Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas* [1991] ECR I-2925.

Case C-320/91 *Procureur du Roi v Paul Corbeau* [1993] ECR I-2533.

Case C-35/96 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [1998] ECR I-3851.

Case C-41/90 *Höfner & Elser v Macrotron GmbH* [1991] ECR I-1979.

Case C-475/99 *Ambulanz Glockner v Landkreis Sudwestpfalz* [2001] ECR I-8089.

Case T30/89, *Hilti v. Commission*, [1991] ECR II-1439, para.116–118.

Cases C-359/95 and 379/95P *Commission and France v Ladbroke Racing Ltd.* [1997] ECR I-6265.

Cases C-6/90 e C-9/90 *Francovich* [1991] ECR I-5357.

Commission Decision of 1 Apr. 1992, OJ 1992 L 134/1.

Commission Decision of 21 May 1996, ITT Promedia NV/Belgacom.

Commission Decision of 8 Nov. 1994, O.J. 1994, L 343/1.

Índice

	página	página
A		
Advocacia da concorrência		
- Conceito	120	
- Consequências no processo político	123, 124	
- Direito comparado		
- - Estados Unidos		
- - - <i>Federal Trade Commission Act</i>	126, 127	
- - União Europeia		
- - - <i>DG Comp</i>	127, 128	
- Formas de expressão	120	
- Objetivo	120, 121	
- Vantagens	121-123	
<i>Ver também</i> Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência		
Agentes econômicos	25	
Atividades econômicas em sentido estrito		
- Proteção a princípios jurídicos	53	
- Restrição legislativa da concorrência		
- - Inconstitucionalidade		
- - - hierarquização de princípios constitucionais	56-62	
- - - sindicabilidade da escolha do legislador	55, 56	
B		
BHTrans (Caso)	163, 168	
Botijões de gás		
- Pesagem	74	
C		
CADE		
<i>Ver</i> Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência		
Catolicismo	13	
Concorrência		
- Benefícios	24-27	
- Legislação brasileira	27	
- Proteção		
- - Via ativa	27	
- - Via negativa	27	
<i>Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali</i> (Itália)	42	
<i>Consorzio Industri Fiammiferi</i> (Itália)	154	
Constituição dos Estados Unidos da América		
- Primeira Emenda	86	
Convênio	132	
COOPERTÁXI (Caso)	167	
Corretor de imóveis (Profissão)	67	
D		
DETRAN		
- Fixação de preços de autoescola ..	136	
Direito à vida	59	
Direito antitruste		
- Finalidade	121	
Direito comunitário	46	
Direito econômico	76, 77	
E		
Economia de escala		
- Improriedade concorrencial ...	29, 30	
Economia de escopo		
- Improriedade concorrencial	30	
Educação		
- Controle das mensalidades escolares	69	
Eficiência alocativa	24	
Eficiência dinâmica	26, 27	
Eficiência produtiva	24	
Energia elétrica (Brasil)	50	
H		
Hércules (Ronald Dworkin)	181	

	página		página
I		M	
Imunidade antitruste		<i>Midcal Test</i>	147, 148
- Brasil		<i>Ver também</i> Imunidade antitruste	
- - Acepções	156, 157	Monopólio natural	
- Compulsão	168-171	- Conceito	30
- Conceito	146	- Impropriedade concorrencial	30
- Direito comparado		N	
- - Estados Unidos da América		<i>Noerr-Pennington Doctrine</i>	86, 87
- - - regulação estadual	147-149	O	
- - - regulação federal	149-153	Ordem econômica	
- - União Europeia	153-156	- Infrações	29
- Identificação		P	
- - Imunidades específicas	174, 175	Patrimonialismo	12
- - Imunidades genéricas	173, 174	<i>Pervasive Power Doctrine</i>	151-153
Instituições públicas		Petição (Direito de)	95, 96, 107, 117
- Direito de acesso dos cidadãos		<i>Postal Reorganization Act</i>	40
(União Europeia)	90	Princípios	53, 65
Interesse público		Princípios constitucionais	
- Conflitos	60, 107, 108	- Ponderação	63, 64
- Prevalência sobre o interesse		Proporcionalidade	
privado	59, 60	- Conceito	65
L		- Medidas	
Liberdade de expressão	105	- - Adequada	
Liberdade de iniciativa		- - - aplicação	72
econômica	28	- - - conceito	71
- Interesse social	60	- - Necessidade	
Liberdade profissional	28	- - - aplicação	73, 74
Limiar de racionalidade		- - - conceito	73
econômica	124	- - Proporcional em sentido estrito	
Litigância fraudulenta	102, 117	- - - conceito	75
Livre concorrência	27	R	
- Limitação	29	Razoabilidade	
Lobby		- Acepções	
- Conceito	83, 85	- - Congruência	66, 67
- Controle jurídico	113, 114	- - Equidade	66
- Democracia	106	- - Equivalência	66
- Eficácia	84, 85	- Aplicações	67, 68
- Influência política	111	- Conceito	65
- Regime jurídico	96, 97	Regras	65
- Regulamentação	114, 115	Riogás (Caso)	163, 164, 167, 171
Lucros excessivos	24		

página	página
Riqueza social	26
S	
SDE	
Ver Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência	
SEAE	
Ver Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência	
Segurança pública	
- Proteção	69, 70
Separação dos Poderes (Princípio)	78, 79
Serviço de interesse econômico geral (União Europeia)	44
Serviço postal (Bélgica)	45, 46
Serviços públicos	
- Incumbência do Poder Público	47
- Obrigatoriedade de concorrência pelo mercado	51
- Privação da livre iniciativa	47, 48
- Privação da livre concorrência	31, 47, 48
Setor ferroviário	30
<i>Sherman Act</i>	
- Função	25
- Violação	87, 88
Sindicato do Comércio Varejista de Derivados do Petróleo do Distrito Federal	
- Lobby por regulação	97-104
Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência	
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica	
- - Competências	129-135
- - Imunidade setorial	158-161
- - Jurisprudência	162-166
- - Supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas	166-168
- Secretaria de Acompanhamento Econômico	
- - Atuação	136, 137
- - Competências	136
- Secretaria de Direito Econômico	
- - Competências	135
<i>Soft law</i>	122
<i>State Action Defense</i>	154
<i>State Action Doctrine</i>	
- Conceito	37
- Fração privada	148, 149
- Pessoas	39, 40
- Regulação estadual	38, 39, 173
- Surgimento	37, 38
Subsidiariedade (Princípio)	73
T	
Tecnicidade	78
Telecomunicações (Brasil)	
- Concorrência	48, 49
Teoria do Poder Amplo	
Ver <i>Pervasive Power Doctrine</i>	
Teoria da Ação Política	
Ver <i>State Action Doctrine</i>	
Trabalhador	30, 31
Tratado da União Europeia	
- Violação ao artigo 10	41-43
- Violação ao artigo 86	44-45
V	
Valor	53
<i>Van Vlaamse Reisbureaus</i> (Bélgica)	42

Esta obra foi composta em fonte Garnet, corpo 11
e impressa em papel Offset 75g (miolo) e
Supremo 250g (capa) pela Gráfica e Editora O Lutador.
Belo Horizonte/MG, abril de 2009.

Tradicionalmente, o direito antitruste preocupa-se de forma prioritária (e quase exclusiva) com restrições concorrenciais de origem privada. Entretanto, limitações concorrenciais semelhantes ou ainda mais intensas podem advir de ações estatais, em especial das medidas regulatórias. Por essa razão, uma política antitruste focada exclusivamente nas ações privadas é incompleta e não resolve de forma satisfatória o problema das violações à competitividade.

Contrariando a tendência privatista apontada acima, este trabalho cuida das restrições concorrenciais que decorrem da regulação estatal. Seu objetivo principal é examinar algumas estratégias para minimizá-las. São quatro as técnicas avaliadas: (i) a anulação judicial da restrição legislativa da concorrência; (ii) a repressão ao lobby por regulação restritiva da concorrência com base no direito antitruste; (iii) a cooperação institucional, em especial mediante atuação das entidades do SBDC como “advogadas da concorrência”; (iv) a repressão às condutas empresariais anticompetitivas respaldadas na regulação que limita a concorrência.

Busca-se esclarecer as potencialidades e os limites de cada uma delas, de modo a contribuir para uma reflexão realista sobre sua utilização. Disto poderá resultar uma mais efetiva organização de recursos e de esforços para reduzir as restrições regulatórias da concorrência.

ISBN 978-85-7700-210-8



www.editoraforum.com.br