

# OS LIMITES JURÍDICOS ENTRE A LEGISLAÇÃO FEDERAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E A ORDENAÇÃO ECONÔMICA FORMULADA POR ESTADO OU MUNICÍPIO: A CONTRIBUIÇÃO DA STATE ACTION DOCTRINE

*Bruno Braz de Castro*

## 1. Introdução

A forma de Estado sob a qual se organiza a nação brasileira, conforme declara a Carta Constitucional vigente, é o federalismo. Dentre as consequências de tal opção política, destaca-se a autonomia jurídico-política dos integrantes da federação – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – da qual decorre, dentre outras coisas, a repartição de competências legislativas entre tais entes.<sup>1</sup>

Essa divisão de poder normativo, formatada constitucionalmente, cancela a existência de competência concorrente entre a União, os Estados e os Municípios para atuação – nos termos do art. 174 da Constituição da República – na qualidade de agentes normativos e reguladores da ordem econômica.

Tal possibilidade jurídica de coexistência entre três diferentes níveis de disciplina normativa voltados ao mesmo objeto – a ordem econômica – dá ensejo a sérias controvérsias, quando se discute a aplicação da legislação federal de defesa da concorrência em situações em que esteja presente ordenação econômica estadual ou municipal em sentido contrário às suas disposições.

É que a Constituição da República, ao consagrar a livre concorrência e livre iniciativa como princípios fundamentais da ordem econômica (art. 170, caput e inciso IV), não estipulou qualquer imunidade antitruste expressa à observância dos preceitos jurídicos decorrentes de tais princípios.<sup>2</sup> Por imunidade antitruste entender-se-ia, em linhas gerais, a possibilidade de que norma jurídica estadual ou municipal disponha de forma diversa dos princípios estabelecidos pela legislação federal de defesa da concorrência, revogando,

<sup>1</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 96-102.

<sup>2</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 246.

total ou parcialmente, a ordem concorrencial para estabelecer fatores econômicos tão importantes quanto “preço” e “quantidade produzida”.<sup>3</sup>

Observe-se, outrossim, que a Lei Federal 8.884/1994 – que estabelece normas gerais de defesa da concorrência e estrutura o aparato institucional para sua implementação – estende tão amplamente quanto possível seu âmbito de incidência subjetivo e material.<sup>4</sup>

Diante desse quadro, a grande questão é harmonizar o poder-dever de ordenação econômica reconhecido a Estados e Municípios, de um lado, e a aplicação das regras federais de defesa da concorrência, de outro.

A busca pela solução de tal impasse jurídico passa pelo reconhecimento de determinadas situações em que, implicitamente, a estrutura da ordem econômica admitirá que norma jurídica estadual ou municipal seja imune à legislação da concorrência, o que caracterizaria, segundo o Prof. Calixto Salomão Filho, hipóteses de “imunidade antitruste implícita”.<sup>5</sup>

Nesse contexto, torna-se extremamente relevante para o direito brasileiro a State Action Doctrine americana, estruturada com o intuito de determinar as hipóteses em que a norma jurídica estabelecida por ente federado será imune às disposições da legislação federal antitruste.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Registre-se que, considerando-se imune a norma jurídica estadual ou municipal com tal conteúdo, os atos praticados por agentes econômicos (no limite, obviamente, do disposto pela norma jurídica do ente federado) estariam isentos da observância dos preceitos da legislação antitruste.

<sup>4</sup> Note-se, nesse sentido, que o diploma não exime qualquer mercado ou setor econômico da obrigação de observância de suas regras. Seu art. 15, ademais, estabelece amplíssimo âmbito subjetivo de validade da lei, dispondo a ela se sujeitarem “as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como 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”.

<sup>5</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit. p. 246.

<sup>6</sup> Conquanto seja a teoria americana a que encontra mais significativa repercussão em nossa comunidade jurídica (razão pela qual é adotada como objeto do presente trabalho), é de se destacar que ao tema da relação entre ação do Estado sobre o domínio econômico e a livre concorrência é atribuída posição relevante também no sistema europeu, sendo a matéria disciplinada ao menos parcialmente pelos artigos 92-94 do Tratado de Roma. Em linhas gerais, a disciplina europeia do tema visa a evitar que os Países-Membros ajudem ou promovam indevidamente empresas nacionais em seus próprios territórios, tendo em vista a salvaguarda do comércio comunitário. No Japão, a seu turno, verifica-se que a atuação da autoridade antitruste é afastada

O presente trabalho visa a apresentar os contornos de tal doutrina conforme formulada nos Estados Unidos da América, para em seguida analisar criticamente sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro e sua adoção pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

## 2. A state action doctrine no sistema jurídico norte-americano.

Em decorrência de ser o sistema constitucional dos Estados Unidos da América fundado sob a égide do federalismo,<sup>7</sup> verifica-se a possibilidade de produção de normas voltadas à disciplina econômica não somente no âmbito da ordem jurídica federal, como também no estadual e mesmo – em algumas hipóteses<sup>8</sup> – no das municipalidades.

Herman Pritchett demonstra, com efeito, que a disciplina da ordem econômica constitui situação em que se vislumbra o exercício concorrente de poder entre os dois níveis da federação norte-americana:

A Constituição defere de maneira específica ao governo nacional poderes tão importantes como a decretação de impostos e a regulamentação do comércio, porém não proíbe aos Estados o exercício dessas competências dentro de suas fronteiras.<sup>9</sup>

---

significativamente por políticas industriais aplicadas pelo MITI (Ministry of Trade and Industry of Japan). Cf. BONER, Roger Alan. Antitrust and state action in transition economies. *Antitrust Bulletin*. Spring 1998, 43, 1, p. 71-77.

<sup>7</sup> Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, pp. 150-164: “Com Alexandre Hamilton, aceita-se que foram os americanos os inventores de um novo tipo de Estado que surgiu no fim do século XVIII, o Estado Federal”. Cf. tb INMAN, Robert P. Federalism values and the value of federalism. *Working Paper* 13735. Nber Working Paper Series, January 2008.

<sup>8</sup> No federalismo americano, o município ocupa posição diversa daquela reservada a essa figura no federalismo brasileiro. A possibilidade jurídica de produção, pelas municipalidades americanas, de regulamentação econômica passível de imunidade pela State Action Doctrine dar-se-á, grosso modo, na medida da delegação de poderes recebida de cada Estado. Para melhor conhecimento dessa discussão, cf. United States of America, U. S. Supreme Court. a) *Hallie v. Eau Claire*, 471 U.S. 34 (1985), disponível em <<http://supreme.justia.com/us/471/34/>>, acesso em: 4 ago. 2008; b) *City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising*, 499 U.S. 365 (1991), disponível em <<http://supreme.justia.com/us/499/365/>>, acesso em: 4 ago. 2008.

<sup>9</sup> PRITCHETT, C. Herman. *La Constitución americana*. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1965, pp. 84 e ss. Apud BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 153.

Havendo diferentes esferas para regulamentação do mesmo objeto, não resta dúvida de que haverá situações em que a legislação específica de cada ente federado difira substancialmente da legislação antitruste federal. Torna-se relevante, diante disso, analisar as regras de convivência entre os diferentes níveis normativos.

Inicialmente, tenha-se em vista que, segundo a interpretação vigente da Supremacy Clause contida na Constituição dos Estados Unidos da América, à legislação federal emanada pelo Congresso se reconhece, em determinadas hipóteses, o poder de suplantare disposições jurídicas emanadas por Estados e Municípios (*preemption*).<sup>10</sup>

Tal poder de suplante, entretanto, não se justificará simplesmente a partir da constatação de que determinada regra jurídica estadual ou municipal seja diferente da disciplina da ordem econômica em nível federal. A grande questão do federalismo, destaca Hovenkamp, é que aos Estados e, às vezes, aos governos locais se reconhece a prerrogativa de ter sua própria política regulatória, mesmo se tal política conflitua-se com a política federal.<sup>11</sup>

Com efeito, a delimitação das hipóteses em que seria possível à legislação antitruste federal suplantare a disciplina da ordem econômica estadual ou municipal tem sido, ao longo de décadas, motivo de discussão no seio da comunidade jurídica norte-americana, sendo especialmente objeto de construção pela jurisprudência de sua Suprema Corte.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> “Article VI, Clause 2: This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding”. Cf. United States of America. Constitution of United States of America. Disponível em: <[http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution\\_transcript.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html)>, acesso em: 17 jul. 2008.

<sup>11</sup> “The whole point of federalism is that state and sometimes local governments are entitled to have their own regulatory policy even if that policy conflicts with federal policy” (tradução livre): HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – The law of the competition and its practice*. Third Edition (Hornbook Series). United States: Thomsom/West, 2005.

<sup>12</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Op. cit., p. 151: “Na elaboração da teoria do federalismo, as relações entre o governo federal com os Estados Membros, devido o texto constitucional, apresentam dúvidas. Para muitos, a Constituição é ambígua no que toca às relações do Governo Federal com os Estados e dos Estados entre si.

Nesse sentido é que se observa a formulação da State Action Doctrine voltada ao direito antitruste, através da qual se objetiva estabelecer as situações em que a norma jurídica estadual seria dotada de imunidade (exemption) diante do poder de suplante (preemption) atribuído à legislação emanada pelo Congresso.

Tal imunidade implicará na desnecessidade de que a norma estadual seja emanada em conformidade com a disciplina antitruste federal. A imunidade impedirá, ainda, que se aprecie, à luz da regra jurídica federal, os atos praticados por agentes econômicos com estrito fundamento na norma estadual.<sup>13</sup>

### *2.1 O caso California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal Aluminum, Inc. (1980): paradigma para análise da norma jurídica estadual à luz da State Action Doctrine*

The national policy in favor of competition cannot be thwarted by casting such a gauzy cloak of state involvement over what is essentially a private price-fixing arrangement.<sup>14</sup>

A State Action Doctrine foi originalmente estruturada, pela Suprema Corte americana, no julgamento do caso Parker v. Brown (1943),<sup>15</sup> em que se entendeu não haver sido a intenção do Congresso restringir o poder de regulação econômica pelos entes federados, ao editar o Sherman Act:<sup>16</sup>

O Sherman Act não faz menção ao Estado por si só, e não mostra sinais de que sua intenção era restringir a ação estadual ou ação oficial dirigida por um Estado. O Sherman Act é aplicável a “pessoas”, incluindo corporações (§ 7) (...). O Estado, ao adotar e aplicar o programa de rateio, não firmou

---

Dentro dessa maneira de entendimento, a Suprema Corte transforma-se no árbitro de suas controvérsias”.

<sup>13</sup> HOVENKAMP, Herbert. Op. cit. p. 742.

<sup>14</sup> United States of America. U.S. Supreme Court. California Liquor Dealers Assn. v. Midcal Aluminum, Inc., 445 U. S. 97 (1980). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/445/97/case.html>>, acesso em: 14 jul. 2008.

<sup>15</sup> Cf. interessante análise da decisão em: DELACOURT, John T.; ZYWICKY, Todd. J. The FTC and state action: evolving views on the proper role of government. *Antitrust Law Journal*, v. 72, n. 3, 2005, pp. 1076-1079.

<sup>16</sup> O Sherman Act (02 de julho de 1890) foi o primeiro diploma normativo norte-americano a disciplinar cartéis e monopólios, constituindo primeiro passo para a formação do sistema jurídico federal antitruste naquele país.

contrato ou acordo ou entrou em conspiração para restrição ao comércio ou para estabelecer monopólio, e sim, como soberano, impôs a restrição como ato de governo que o Sherman Act não visava a proibir.<sup>17</sup>

Foi, entretanto, na decisão do caso *California Retail Liquor Dealers Association vs. Midcal Aluminum, Inc.*<sup>18</sup> (03 de março de 1980) que o tema foi mais clara e detalhadamente analisado pela Suprema Corte. É oportuno, por esta razão, analisar os principais contornos do caso.

A legislação de negócios e profissões do estado da Califórnia à época, no tocante à comercialização de vinho em seu território, estabelecia a seguinte política, em síntese: a cada produtor de vinho – e, na omissão deste, aos distribuidores do produto licenciados pelo governo estadual – incumbia registrar, junto ao estado, os preços para cada uma de suas marcas (price scheduling).<sup>19</sup>

Nessas condições, cada preço fixado por um produtor ou distribuidor era vinculante a todas as relações comerciais de distribuição do produto na área comercial a que o registro se referia, cabendo ao estado fiscalizar sua observância. Ao distribuidor licenciado que praticasse preços inferiores aos registrados eram cominadas sanções estatais, como multas e suspensões ou revogações de licença profissional.

No referido sistema, não obstante competisse ao estado garantir que os preços registrados por produtores e distribuidores fossem observados em todas as relações comerciais pertinentes, não se previu qualquer prerrogativa estadual de interferência em tais valores. Havendo a distribuidora de bebidas *Midcal Aluminum Inc.* sido autuada pelo estado por comercializar produtos

---

<sup>17</sup> United States of America. U.S. Supreme Court. *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341 (1943). Disponível em <http://supreme.justia.com/us/317/341/case.html>, acesso em: 31 de julho de 2008: “The Sherman Act makes no mention of the state as such, and gives no hint that it was intended to restrain state action or official action directed by a state. The Act is applicable to ‘persons’, including corporations ( § 7), and it authorizes suits under it by persons and corporations ( § 15). ( )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” (tradução livre).

<sup>18</sup> United States of America. U.S. Supreme Court. *California Liquor...* cit.

<sup>19</sup> United States of America. State of California. *California Business and Professions Code*, § 24866. In: United States of America. U.S. Supreme Court. *California Liquor...* cit. Footnote 1.

em desacordo com o sistema de registro de preços então vigente, ingressou esta em juízo solicitando injunção contra a legislação estadual. Em razão de ter o caso sido levado ao seu conhecimento, a Suprema Corte dos Estados Unidos empreendeu detida análise acerca da subsunção da política californiana à hipótese de imunidade regulatória estadual estipulada na decisão do caso *Parker vs. Brown* (1943) à luz de toda a evolução jurisprudencial verificada desde então.

Não sendo admissível, segundo a Corte, que o simples envolvimento do Estado no programa de definição de preços seja suficiente para atribuir-lhe isenção antitruste, o órgão julgador firmou os dois requisitos clássicos para a configuração da imunidade de determinada regra jurídica de ente federado: a) tal regra deverá ser claramente articulada e apresentada afirmativamente pelo estado como política regulatória governamental; e b) a regra deverá ser objeto de supervisão ativa (“active supervision”) por parte do próprio estado.<sup>20</sup>

Diante das tais exigências, a imunidade do sistema californiano para apreçamento de bebidas não pôde ser sustentada. Conquanto fosse o sistema claramente apresentado como política estatal de controle de preços (primeiro requisito), o governo da Califórnia assumia posição notadamente passiva diante dos preços unilateralmente definidos pelos agentes econômicos privados,<sup>21</sup> não sendo reconhecido ao estado qualquer poder de intervenção ou revisão dos valores instituídos, ou de monitoramento das condições de mercado. Estaria insatisfeito, portanto, o segundo requisito para a exemption.

Em decorrência desse raciocínio, entendeu a Corte constituir o sistema californiano hipótese de violação ao Sherman Act, ao dar ensejo à fixação de preços de revenda (*resale price maintenance*), sem que a atuação do estado da Califórnia fosse suficiente para que se configurasse a imunidade antitruste prevista na decisão do caso *Parker vs. Brown* (1943).

<sup>20</sup> “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: United States of America. U.S. Supreme Court. *California Liquor...* cit. p. 445 U. S. 105.

<sup>21</sup> Nota a Suprema Corte, a esse propósito, que o Estado da Califórnia demonstrava tão pouco interesse no sistema de definição de preços de bebidas que sequer chegou a atuar junto à Corte para advogar os interesses estaduais no presente caso, de modo que somente a California Retail Liquor Association, entidade de classe californiana, dispôs-se a intervir no presente caso em defesa do combatido sistema. In: United States of America. U.S. Supreme Court. *California Liquor...* cit., footnote 12.

## 2.2 *Análise dos requisitos básicos para configuração da imunidade (exemption) de norma jurídica de Estado ou Município, sob a perspectiva da State Action Doctrine*

Conforme já se referiu, duas condições deverão ser simultaneamente preenchidas para que determinada norma jurídica estadual ou municipal seja considerada imune às exigências da disciplina antitruste federal, de acordo com a State Action Doctrine americana. Faz-se oportuno, destarte, analisar os contornos de cada uma delas, buscando considerar as oscilações jurisprudenciais na abordagem do tema pela Suprema Corte.<sup>22</sup>

### 2.2.a *Inserção em política expressa e claramente articulada*

Na análise da subsunção de determinado norma jurídica estadual à imunidade antitruste via State Action Doctrine, deverá o órgão judicial inicialmente perquirir se a regra formalmente se insere no contexto de uma política claramente articulada e expressamente apresentada pelo estado como tal, em substituição da livre concorrência pela regulação.

Para que se considere determinada conduta de agente econômico isenta da obrigação de observância dos preceitos da legislação antitruste, esta deverá subsumir-se estritamente nos termos de regra jurídica dotada de imunidade antitruste. Há de ser verificada concretamente a ocorrência de autorização do próprio ente federado para a prática do ato sob análise. Tal autorização, repita-se, deverá ser inserida em política regulatória claramente articulada e afirmativamente expressa, de modo que seja evidente

---

<sup>22</sup> Importa notar, nesse ponto, que a concepção acerca do conteúdo de tais requisitos tem evoluído substancialmente no sentido de tornar as hipóteses de imunidade antitruste cada vez mais estritas: “The state action doctrine was born in an era of exceptional confidence in government, with governmental entities widely regarded as unbiased and conscientious defenders of the public interest. Over time, however, more cautious and skeptical theories of government began to gain sway. In particular, the school of thought known as “public choice”—which holds that governmental entities, like private firms, will act in their economic self-interest—began to influence both legal theory and competition policy. Indeed, a close examination of recent state action case law suggests that public choice thinking has driven a slow, but consistent, evolution of the doctrine toward less deference to state regulators and more careful assessment of the actual incentives that drive their decision making”. DELACOURT, John T.; ZYWICKY, Todd. J. Op. cit., pp. 1091-1112.

que a vontade política estatal é no sentido da adoção da regulação em lugar da ordem concorrencial.<sup>23</sup>

A autorização estatal para determinada prática econômica deverá ser inequívoca, sendo essencial que haja elementos que permitam inferir que o estado realmente previu a ocorrência da prática e decidiu permití-la.

Exige-se que o próprio estado – e não um órgão inidentificável com este – autorize o ato em questão. A delimitação do conceito de “estado” aceitável para satisfação de tal exigência não é pacífica na jurisprudência.<sup>24</sup> Em especial, questiona-se quando estariam as agências reguladoras, conselhos ou demais órgãos estaduais incluídos em tal definição.

Analisando o entendimento da Suprema Corte em diversos casos em que se analisou a State Action Doctrine, Hovenkamp aponta três ideias correntemente levadas em conta para caracterização de determinado ente como estado: a) tenha o órgão poderes quase-legislativos; b) seja o órgão integralmente composto de oficiais do governo, sem interesse financeiro direto no mercado regulado e sem participação de agentes deste mesmo mercado; c) encontre-se o órgão sob controle direto ou resposta de certo modo ao governo, ao poder legislativo ou à suprema corte estadual.<sup>25</sup>

Importa notar, por fim, que a Suprema Corte americana, em uma das mais recentes decisões envolvendo a State Action Doctrine, acrescentou mais

<sup>23</sup> HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 742.

<sup>24</sup> ELHAUGE, Einer Richard. The scope of antitrust process. *104 Harvard Law Review*, p. 672 (1990-1991). Cf. ainda United States of America. U. S. Supreme Court. *City of Lafayette vs. Louisiana Power & Light Co.*, 435 U. S. 389, 98 S. Ct. 1123 (1978); *Community Communications v. City of Boulder*, 455 U. S. 40, 102 S. Ct. 835 (1982); *Southern Motor Carriers Rate Conference, Inc. v. United States*, 471 U. S. 48, 105 S.Ct. 1721 (1985).

<sup>25</sup> “In finding the line between the ‘state itself’ and its subordinate agencies the courts have focused on three questions: (1) whether the agency, office or board at issue has quasi-legislative powers, or is merely instructed to carry out certain functions; if the latter, then the agency is probably not the state itself. (2) Whether the decision makers in the agency, office or board are composed entirely of government officials with no financial interests in the regulated market, or whether representatives of the regulated market are included; if the latter, then the agency, office or board is usually not part of the state itself. (3) Whether the agency is governed or answerable in some explicit fashion to the legislature, governor, or state supreme court; if not, then the agency is less likely to be found part of the state itself.” In: HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 744.

requisitos para considerar-se satisfeita a exigência de clara articulação, exigindo que a política regulatória estadual encontre-se perseguindo metas legítimas, e que a regra específica analisada tenha nexos plausíveis com tais metas.<sup>26</sup>

### 2.2.b *Supervisão estatal ativa (active supervision)*

Conforme já referido, a simples autorização estatal não é suficiente para atribuição de imunidade antitruste a determinada prática, sob a State Action Doctrine. A Suprema Corte americana estabeleceu ser essencial que o ente federado tenha assumido o encargo de supervisionar ativamente a atuação dos agentes econômicos privados no âmbito da política regulatória estabelecida.<sup>27</sup>

A ideia central dessa exigência é garantir que a atuação do estado seja suficiente para impedir que os agentes ajam de forma destoante da política estadual e venham a praticar ato anticompetitivo não autorizado. Busca-se impedir, outrossim, que o estado lance mão da imunidade para atribuir aos particulares total liberdade de atuação.<sup>28</sup>

Nessa linha, a exigência de supervisão ativa estará presente sempre que se estiver analisando a atuação de ente privado. O comportamento do próprio estado, registre-se, não está subsumido nessa exigência, uma vez que não haveria entidade superior capaz de supervisioná-lo.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> “Even if a per se violation is shown, the alleged anticompetitive scheme may still be immunized under the Parker state action doctrine only where it regulates commerce in furtherance of *legitimate state policy goals and limits unnecessary anticompetitive effects*. A statute that permits or compels private parties to engage in per se violations of the federal antitrust laws will be saved from preemption if: (i) the restraint in question is ‘clearly articulated and affirmatively expressed as state policy’, and (ii) the policy is ‘actively supervised’ by the state itself.” United States of America. U.S. Supreme Court. 357 F.3d 205 (2d Cir. 2004) (Freedom Holdings I); 363 F.3d 149 (2d Cir. 2004) (Freedom Holdings II). Disponível em <http://www.altlaw.org/v1/cases/1129270>, acesso em: 27 set. 2008.

<sup>27</sup> United States of America. U.S. Supreme Court. California Liquor... cit., p. 445 U.S. 105.

<sup>28</sup> “The requirement of active state supervision serves essentially the evidentiary function of ensuring that the actor is engaging in the challenged conduct pursuant to state policy.” In: United States of America. U.S. Supreme Court. Hallie v. Eau Claire, 471 U.S. 34 (1985). Disponível em <http://supreme.justia.com/us/471/34/index.html>, acesso em: 30 jul. 2008.

<sup>29</sup> Cf. HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 748.

Se é polêmica em algumas hipóteses a distinção entre atos governamentais e atos de entes privados, deve-se ter em vista que a linha mestra de raciocínio sob a State Action Doctrine é a necessidade de que aqueles que decidam os contornos da política regulatória sejam economicamente independentes dos seus resultados.<sup>30</sup>

A exigência de que a supervisão seja ativa refere-se à necessidade de que a autoridade estadual tenha poder jurídico tal que possa rever substancialmente a decisão do agente privado. Isso significa rever a decisão em seu mérito, e não meramente anulá-la por verificar a existência de falha procedimental. Ademais, a mera possibilidade de revisão judicial das decisões tomadas não é considerada suficiente para que a Corte considere preenchido o requisito sob análise<sup>31</sup>

Note-se que não bastará, outrossim, a mera existência de tal poder. É essencial que o ente estadual efetivamente exercite controle sobre cada uma das decisões particulares tomadas.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> ELHAUGE, Einer Richard. Op. cit., p. 672: “antitrust case law adjudicating the distinction between state and private action embodies the process view that restraints on competition must be subject to antitrust review whenever the persons controlling the terms of the restraints stand to profit financially from the restraints they impose. Conversely, restraints are immune from antitrust review whenever financially disinterested and politically accountable persons control and make a substantive decision in favor of the terms of the challenged restraint before it is imposed on the market. This reveals a limiting principle that is generally obscured by the business context of most antitrust cases. Namely, it reveals that, contrary to prevalent notions, antitrust law does not stand for the proposition that all economically inefficient restraints of market competition are against the public interest. Rather, antitrust stands for the more limited proposition that those who stand to profit financially from restraints of trade cannot be trusted to determine which restraints are in the public interest and which are not”.

<sup>31</sup> “Absent active supervision, there can be no state action immunity for what were otherwise private price fixing arrangements. And state judicial review cannot fill the void.” United States of America U.S. Supreme Court. Federal Trade Commission v. Ticor Title Insurance co. et al., 504 U. S. 621 (1992), disponível em: <http://law.onecle.com/ussc/504/504us621.html>, acesso em: 30 jul. 2008.

<sup>32</sup> “The ‘active supervision’ prong of the test used to determine whether private parties may claim state action immunity requires that state officials have and exercise power to review such parties’ particular anticompetitive acts and disapprove those that fail to accord with state policy.” In: United States of America. U.S. Supreme Court. Patrick v. Burget, 486 U.S. 94 (1988). Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/486/94/index.html>, acesso em: 30 jul. 2008.

O propósito da exigência de supervisão ativa é determinar se o Estado exerceu julgamento e controle suficientemente independentes, de modo que os detalhes das taxas e preços tenham sido estabelecidos como produto de uma intervenção estadual deliberada. (...) O mero potencial de supervisão estatal não é um substituto adequado para uma decisão estatal.<sup>33</sup>

### *2.3 Do caráter predominantemente formal da abordagem da regulação estatal via State Action Doctrine*

À vista dos dois requisitos para a configuração da imunidade de regulação estadual ou municipal sob a State Action Doctrine, apresentados acima, é de se notar que, de forma geral, nenhum deles impõe ser necessário analisar o conteúdo de tal regulação para aferição de sua adequação ou eficiência, de modo que se pode identificar na abordagem proposta pela doutrina uma perspectiva basicamente não substancial.

Registre-se, entretanto, a existência de um importante conteúdo normativo na referida análise: o princípio jurídico de repulsa à prática de atos anticompetitivos por parte de agentes econômicos privados sem supervisão estatal adequada.<sup>34</sup> Evita-se, essencialmente, que seja reconhecido livre poder decisório a atores economicamente interessados no resultado de determinada regulação.<sup>35</sup>

Observe-se, nesse sentido, a manifestação da Suprema Corte na decisão do caso *Federal Trade Commission v. Tior Title Insurance co.*, de 1992:

“Nossas decisões deixam claro que o propósito do requerimento de supervisão ativa não é determinar se o Estado alcançou determinado padrão normativo, como eficiência, em sua prática regulatória. Seu propósito é determinar se o Estado exerceu suficiente julgamento independente e controle de modo que os detalhes das tarifas e preços foram

<sup>33</sup> Cf. United States of America U.S. Supreme Court. *Federal Trade Commission v. Tior Title Insurance co. et al.*, cit.: “The purpose of the active supervision inquiry is to determine whether the State has exercised sufficient independent judgment and control so that the details of the rates or prices have been established as a product of deliberate state intervention.(...) The mere potential for state supervision is not an adequate substitute for the State’s decision.” Tradução livre.

<sup>34</sup> HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 742.

<sup>35</sup> ELHAUGE, Einer Richard. Op. cit., p. 682-691.

estabelecidos como produto de uma deliberada intervenção estatal, e não simplesmente por um acordo entre particulares”.<sup>36</sup> (grifou-se)

### 3. A State Action Doctrine e o sistema jurídico brasileiro.

A formatação jurídica da intervenção do Estado no domínio econômico constitui objetivo capital da disciplina constitucional da ordem econômica, em nosso país. Quanto ao método de processamento de tal intervenção, é comum a doutrina distinguir entre as modalidades “direta” e “indireta”.<sup>37</sup>

Intervindo diretamente no campo da economia, busca o Estado alterar, em certa medida, as condições fáticas do mercado. Para tanto, assume as vestes do chamado “Estado-Empresário”, que se propõe a executar de mão própria determinados objetivos da Política Econômica nacional, explorando diretamente a atividade econômica.<sup>38</sup>

A ação estatal dá-se indiretamente quando, por outro lado, se tem em vista a alteração do estatuto jurídico de todo o mercado ou de determinado setor. Nesse âmbito é que se inserem, em especial, a regulação, regulamentação, fiscalização e planejamento econômicos.<sup>39</sup>

É de se observar que o entendimento acerca do conteúdo e objetivos da atuação estatal no domínio econômico é cambiante no tempo e espaço. É objeto da Política Econômica nacional, “traçada de acordo com os princípios da ‘ideologia’ constitucionalmente estabelecida”.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> Cf. United States of America U.S. Supreme Court. *Federal Trade Commission v. Ticor Title Insurance...* cit.: “Our decisions make clear that the purpose of the active supervision inquiry is not to determine whether the State has met some normative standard, such as efficiency, in its regulatory practices. Its purpose is to determine whether the State has exercised sufficient independent judgment and control so that the details of the rates or prices have been established as a product of deliberate state intervention, not simply by agreement among private parties”.

<sup>37</sup> SOUZA, Washington Albino Peluso de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 330. Cf. classificação diversa em: GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 148 et seq.

<sup>38</sup> SOUZA, Washington Albino Peluso de. Op. cit. p. 245.

<sup>39</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>40</sup> Idem, p. 244. O mesmo autor acresce que a “‘ideologia’ constitucionalmente adequada, portanto, define a posição da ‘intervenção’ e, desde que a assimile, passa a funcionar como origem de todo o direito correspondente e da legislação que o corporifica sob a forma de medidas ‘político-econômicas’ legisladas” (idem, p. 323).

Quanto à ideologia constitucionalmente estabelecida no contexto jurídico-político brasileiro recente, registre-se que é a modalidade indireta – normativa – de intervenção estatal no domínio econômico a que se tem como preferencial.<sup>41</sup> Tal preferência se apresenta como reflexo de importantes discussões acerca da postura ideal do Estado diante do universo da economia – influenciada em larga escala pelas experiências norte-americana e europeia.<sup>42</sup>

O tratamento constitucional da intervenção normativa do Estado na economia, entretanto, não é isento de problemas, especialmente ao se analisar sua relação com o princípio constitucional da livre concorrência.

### *3.1 A teoria das imunidades implícitas, a State Action Doctrine e o ordenamento jurídico brasileiro: contextualização do problema*

Conforme mencionado supra, a Constituição da República, ao desenhar a distribuição de competências entre os atores do federalismo, estipula

<sup>41</sup> Note-se, nesse sentido, a disposição do art. 173 da Constituição da República, que restringe a intervenção direta do Estado tão-somente quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo.

<sup>42</sup> Partindo-se de uma concepção de Estado dita liberal (virada entre séc. XIX e XX) – em que a abstenção era regra, reduzindo-se as funções estatais primordialmente à justiça, segurança e outras necessidades essenciais – consolidou-se o paradigma social de atuação do Estado (welfare state, após as Guerras Mundiais), em que a intervenção direta assumiu posição de enorme relevância na política econômica, tendo em vista a condução do desenvolvimento, a correção de desigualdades sociais e amenização de distorções do mercado. Nota-se, entretanto, já ao fim do século XX, severas críticas a esse modelo hipertrofiado de Estado, amplamente identificado com a ideia de morosidade, ineficiência e corrupção. O que se passa a propor, a partir disso, é que à sociedade civil seja atribuído papel mais relevante na promoção do desenvolvimento econômico, o que se corporifica através de movimentos como a desregulamentação e a desestatização. A intervenção direta do Estado empresário passa a perder importância, enquanto a intervenção indireta do Estado regulador e incentivador ganha relevo. Ecos dessas reflexões atingiram o Brasil e influenciaram amplamente a formatação constitucional da intervenção do Estado no domínio econômico, em nossas Constituições. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras. In: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito Regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 15-67. Registre-se, entretanto, haver entendimento consistente por parte de importantes autores do Direito Econômico no sentido de ser o caráter da Constituição de 1988 predominantemente social, ao invés do cunho neoliberal que identificamos nesse trabalho.

competência concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios para atuação na condição de agentes normativos e reguladores da atividade econômica, bem como para o desempenho das funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174). Reparte, ainda, entre União, Estados e Distrito Federal a competência para legislar sobre direito econômico (art. 24, I).

Ao mesmo tempo, a Constituição alça a livre concorrência à posição de princípio (art. 170, IV), prevendo-se inclusive a edição de legislação federal a ventilar normas gerais de defesa da concorrência (art. 173, § 4.º).

Verifica-se, no entanto, não se ter o constituinte preocupado em expressar parâmetros de convivência entre (i) o poder-dever de intervenção normativa de Distrito Federal, Estados e Municípios na economia e (ii) o princípio constitucional da livre concorrência.

Com efeito, no texto constitucional não se encontra disposição expressa acerca da existência de hipótese em que poderia a regra jurídica de ente federado ser considerada imune aos ditames do princípio da livre concorrência.<sup>43</sup> No tocante à legislação concorrencial federal, é de se destacar que a Lei Federal 8.884/94 (Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências) tampouco enfrentou a questão, não eximindo qualquer mercado ou setor econômico da obrigação de observância de suas regras (Cf. *supra*).<sup>44</sup>

Registre-se, sobre esse assunto, a observação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em relatório recente:

<sup>43</sup> Repetindo o já explicitado acima, por imunidade antitruste entende-se a possibilidade de dispor de forma diversa dos princípios estabelecidos pela legislação federal disciplinadora da ordem econômica e revogar, total ou parcialmente, a ordem concorrencial. Ainda repetindo o já exposto acima, é importante notar que, considerando-se imune a norma jurídica estadual ou municipal com tal conteúdo, os atos praticados por agentes econômicos (no limite, obviamente, do disposto pela norma jurídica do ente federado) estariam isentos da observância dos preceitos da legislação antitruste. Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 246.

<sup>44</sup> Sobre a disposição do art. 15 da Lei 8.884/94, que não exclui qualquer mercado ou modalidade de pessoa jurídica de sua observância, constata o Prof. Calixto Salomão Filho que “Essa disposição corresponde ao desejo expressamente declarado pelos autores do projeto, de submeter ao controle do Cade todos os atos e ajustes entre empresas, mesmo aqueles sujeitos ao controle estatal. Isso faz com que a não aplicação do direito antitruste só seja possível em hipóteses excepcionais”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 249

Muitos setores da economia brasileira, formalmente caracterizados como estatizados ou monopólios publicamente controlados, encontram-se sob reestruturação. Bens públicos foram privatizados, controles governamentais foram removidos, e novas entradas foram permitidas. Em alguns setores, novos, reguladores independentes foram criados. O nível de reforma varia de setor a setor, entretanto.

Não há imunidades específicas à lei de concorrência para qualquer dos setores regulados; a Lei 8.884, considerada isoladamente, aplica-se integralmente a eles. A interface entre regulação e lei da concorrência, entretanto, não é bem definida nesse ponto.<sup>45</sup>

A omissão constitucional poderia levar a concluir que, não havendo a Constituição instituído qualquer imunidade antitruste de forma expressa, não poderia o Estado ou Município, ao disciplinar a atividade econômica em determinado setor, dispôr de maneira diferente do que estabelece a legislação federal de defesa da concorrência, sendo sempre seus atos normativos sujeitos, ato contínuo, à revisão pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Estudiosos do tema, não obstante, passaram a reconhecer que, a par de não haver o constituinte se ocupado em descrever qualquer imunidade antitruste, há hipóteses excepcionais em que a Constituição da República implicitamente admite a substituição da ordem concorrencial pela ordem estabelecida pela regulação emanada por ente federado. É o que observa, no mesmo relatório supracitado, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE):

---

<sup>45</sup> OECD. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). Competition Policy and Regulatory Reform in Brazil: a Progress Report. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sde/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={C35546D0-65E3-4AE1-B7AD-094F B715F05D}&ServiceInstUID={2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A}>>. Acesso em: 22 set. 2008. “105. Many sectors of the Brazilian economy, formerly characterised by state-owned or publicly sanctioned monopolies, are undergoing restructuring. State-owned assets have been privatised, government controls have been removed, and new entry has been permitted. In some sectors, new, independent regulators have been created. The pace of reform varies from sector to sector, however .106. There are no specific exemptions from the competition law for any of the regulated sector; law 8884 on its face applies fully to them. The interface between regulation and the competition law is not well defined at this stage, however.” Tradução livre.

Talvez a proteção da livre concorrência tenha de ceder espaço à regulação em situações em que ambas não possam coexistir, ou seja, onde a estrutura regulatória não funcione como previsto em lei, caso a lei de concorrência também seja aplicada. Tais “imunidades implícitas” à lei de concorrência, no entanto, devem ser estritamente interpretadas.<sup>46</sup>

Se estabelece, assim, a possibilidade de reconhecimento de imunidade antitruste implícita<sup>47</sup> a determinadas regras jurídicas emanadas por ente federado, o que isentaria a conduta do agente econômico – que se subsuma estritamente aos termos da regra imune – de ser apreciada à luz da legislação federal de defesa concorrência.

É justamente nesse ponto que se encerra a razão de ser da State Action Doctrine: a teoria estabelece os parâmetros a partir dos quais será possível identificar a configuração da imunidade (exemption) antitruste implicitamente consignada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Resta, agora, perquirir as hipóteses em que será juridicamente possível considerar, em nosso ordenamento, atendidos os requisitos da State Action Doctrine.

### *3.2 A identificação das hipóteses de substituição da ordem concorrencial pela ordem regulatória estabelecida por Estado e Município*

Sob a perspectiva da State Action Doctrine, conforme acima exposto, para que se reconheça a imunidade antitruste de determinada regra jurídica produzida por ente federado será essencial o preenchimento de certos requisitos (cf. supra).

É necessário, como primeira condição, que seja possível identificar, por parte do ordenamento jurídico, a inequívoca vontade de substituição do sistema regulamentar pelo concorrencial.

<sup>46</sup> Idem. “Competition enforcement may have to give way to regulation in situations where the two cannot co-exist, that is, where the regulatory scheme could not work as provided in law if the competition law were also fully applicable. Such ‘implied exemptions’ from the competition law should be narrowly construed, however.” Tradução livre.

<sup>47</sup> “A Constituição Brasileira não prevê qualquer imunidade expressa à aplicação do direito antitruste. Cumpre, então, verificar se é possível identificar a existência de de alguma imunidade implícita à aplicação do direito concorrencial” SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 246.

Isso significa pretender a Lei transferir ao ente federado a tarefa de definição das diversas variáveis mercadológicas relevantes (v.g.: preço e quantidade produzida), ao invés de confiá-la ao funcionamento trivial do mercado – à ordem concorrencial, à racionalidade dos agentes econômicos.<sup>48</sup> Busca-se, assim, que “os detalhes das taxas e preços tenham sido estabelecidos como produto de uma intervenção estatal deliberada”.<sup>49</sup>

Perscrutando os sistemas jurídicos estadual e municipal, concluir-se-á que a concessão e permissão da prestação de serviços públicos ao particular constitui importante exemplo de situação em que se identifica o ânimo substitutivo da ordem concorrencial pela ordem regulatória.<sup>50</sup>

Nelas há, normalmente, a criação de um verdadeiro monopólio de produção ou prestação de serviço público pelo particular. Contrapartida necessária é a substituição do autocontrole do sistema de mercado pelo sistema regulamentar, que passa a estabelecer as variáveis relevantes, tais como preço e frequentemente até a quantidade produzida. A qualidade do

<sup>48</sup> “É preciso ou que a lei especificamente manifeste a intenção de substituir o sistema concorrencial pelo sistema regulamentar ou então que a lei outorgue ao titular do poder regulamentar poderes para influir nas variáveis fundamentais da vida da empresa: basicamente preço e quantidade produzida, o que faz presumir a existência da mencionada intenção de substituição.” SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 244.

<sup>49</sup> Cf. United States of America U.S. Supreme Court. Federal Trade Commission v. Ticor Title Insurance co. et al., 504 U. S. 621 (1992), disponível em: <http://law.onecle.com/ussc/504/504us621.html>, acesso em: 30 jul. 2008.

<sup>50</sup> É forçoso registrar aqui que a definição das atividades que podem constituir serviço público encontra-se longe de ser pacífica em doutrina e jurisprudência nacionais. O Prof. Eros GRAU observa, nesse sentido, tratar-se de conceito aberto, devendo sua significação ser resgatada na realidade social, de modo que a definição “desta ou daquela parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é (...) decorrência da captação, no universo da realidade social, de elementos que informem adequadamente o estado, em um certo momento histórico, do confronto entre interesses do capital e do trabalho” (op. cit., p. 110). O mesmo autor apresenta interessante distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito, apresentadas como diferentes espécies da atividade econômica em sentido amplo. “Daí se verifica que o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. (...) intervenção é atuação na área da atividade econômica em sentido estrito; exploração de atividade econômica em sentido estrito e prestação de serviço público estão sujeitas a distintos regimes jurídicos (arts. 173 e 175 da Constituição de 1988).” (op. cit., p. 93).

produto e serviço é normalmente objeto de fiscalização pelo próprio órgão governamental dotado do poder regulamentar.<sup>51</sup>

Com efeito, observe-se que as normas gerais para o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, expressas pela Lei 8.987/95, estabelecem como cláusulas essenciais do contrato de concessão, sujeitas à fiscalização do poder público e punição por seu descumprimento, elementos como o preço do serviço, critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas, e o modo, forma e condições de sua prestação (art. 23 e incisos).

Aprofundando-se nesse ponto, assim manifesta-se o Professor Dr. Washington Albino Peluso de Souza, apontando quatro elementos para identificação do serviço público como organização sujeita a regulação:

“Apresenta-se, então, a questão de determinar as condições necessárias para que a ‘mão invisível’ seja substituída pela ‘regulação do serviço público’. Busca-se a melhor entre as condições em que a livre concorrência, ou a regulação do serviço público, possam produzir os benefícios coletivos pretendidos. (...)”

Quatro elementos são indicados por Bonbright para a definição de ‘serviço público’ como uma organização privada sujeita a regulação:

- 1) o controle direto das tarifas por serviços;
- 2) o propósito primordial da regulação deve ser, pelo menos ostensivamente, a proteção do público, representado pelos consumidores, em lugar dos produtores ou dos contribuintes;
- 3) a regulação só se aplica ‘como uma questão de política a longo prazo, e não como uma ordem temporária em épocas de guerra ou em alguma emergência’;
- 4) a empresa é ‘um negócio’, ainda que esteja sujeita à regulação e quando seja propriedade estatal direta e operada pelo governo, isto é, ‘os serviços públicos são projetados para ser vendidos pelo custo, ou a um custo menor para um ganho justo’”.<sup>52</sup>

Ainda nesse sentido, apontamos o raciocínio do Supremo Tribunal Federal:

<sup>51</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 243.

<sup>52</sup> SOUZA, Washington Albino Peluso de. Op. cit., p. 335.

“Os transportes coletivos de passageiros consubstanciam serviço público, área na qual o princípio da livre iniciativa (...) não se expressa como faculdade de criar e explorar atividade econômica a título privado. A prestação desses serviços pelo setor privado dá-se em regime de concessão ou permissão, observado o disposto no art. 175 e seu parágrafo único da Constituição do Brasil. A lei estadual deve dispor sobre as condições dessa prestação, quando de serviços públicos da competência do Estado-membro se tratar”.<sup>53</sup>

Afastou-se, em seguida, a alegação de ofensa ao art. 170 da CF. Afirmou-se, no ponto, que a livre iniciativa presta-se à garantia de liberdade empresarial para atividades desta natureza, sendo que para os concessionários e permissionários de serviço público o regime não seria de livre iniciativa, mas de iniciativa de liberdade regulada nos termos da lei, segundo as necessidades da sociedade.<sup>54</sup>

Trata-se, portanto, de exemplo de situação em que poderá estar satisfeito o primeiro requisito estabelecido pela State Action Doctrine.

É de se destacar, por outro lado, que, diante de hipótese em que não seja possível aferir claramente a intenção substitutiva aqui mencionada, a edição de lei estadual e municipal está adstrita à observância dos standards jurídicos decorrentes do princípio da livre concorrência e demais princípios da ordem econômica. Intervenção normativa estatal e os princípios da ordem econômica não são necessariamente conflitantes, devendo estes constituir limites à implementação de políticas intervencionistas.<sup>55</sup> Há, inclusive,

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 845 Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 22.11.2007, *DJE* de 07.03.2008.

<sup>54</sup> Idem. ADI 2649/DF. Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJE* 08.05.2008.

<sup>55</sup> Aplicando o exposto à intervenção estatal normativa sob a forma de política industrial, disserta o Prof. Calixto: “Afastado o dirigismo, é necessário determinar a forma de intervencionismo propugnada pelo constituinte brasileiro. Para essa definição o art. 174 é de pouco auxílio. A competência normativa e reguladora atribuída pelo constituinte ao Estado é bastante ampla (...) Parâmetros mais claros para resolução da questão encontram-se no art. 170. Entre os vários princípios ali previstos, parece ser possível destacar três que se sobrepõem (...) a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a busca da justiça social. São todos eles limites absolutos a qualquer política industrial. (...) Dessas observações emerge um critério constitucional importante para avaliação da política industrial. Ela não pode ser direcionada a substituir ou eliminar o sistema concorrencial”. SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 210-237. Cf., ainda, FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido. Política industrial e política antitruste: uma proposta de conciliação. *Revista do Ibrac*, v. 3, n. 8, 1996.

diversos julgados do Supremo Tribunal Federal que exemplificam o aqui exposto, declarando a inconstitucionalidade de leis estaduais ou municipais que contrariem preceitos da livre concorrência ou livre iniciativa.<sup>56</sup>

### 3.3 *O âmbito de incidência da imunidade implícita concebida pela State Action Doctrine*

Merece ser observado que a imunidade antitruste de que trata a State Action Doctrine refere-se a uma regra específica,<sup>57</sup> e não a todo um setor ou a um plexo indiscriminado de condutas dos agentes econômicos atuantes em mercado regulado.

Por essa razão é que se entende ser acertado o entendimento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), no tocante aos setores regulados, no sentido de declarar sua competência para apreciar atos de agentes econômicos praticados em descumprimento ou excesso da disposição regulatória, além dos casos em que a prática analisada não encontre previsão regulamentar (lacuna regulatória):

“De fato, mesmo dentro de um regime regulatório adequadamente instituído e aplicado, é possível que empresas, naquelas condutas não reguladas, pratiquem infrações à concorrência. (...) Da mesma forma, 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 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

<sup>56</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 646, *DJ* de 09.10.2003, p. 2: “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”. Cf. tb “Observância de distância mínima de farmácia ou drogaria existente para a instalação de novo estabelecimento no perímetro. Lei Municipal 10.991/91. Limitação geográfica que induz à concentração capitalista, em detrimento do consumidor, e implica cerceamento do exercício do princípio constitucional da livre concorrência, que é uma manifestação da liberdade de iniciativa econômica privada.” RE 193.749-1/SP. Rel. Min. Carlos Velloso. *DJ* 04.06.1998.

<sup>57</sup> A imunidade terá reflexos, ainda, com relação à *conduta do agente* que se subsuma perfeitamente à norma em questão, que será isenta da apreciação à luz da legislação federal de defesa da concorrência.

sistemas normativos. Essa interrelação entre regulação e concorrência pode vir expressa, como ocorre, por exemplo, na Lei 9.472/97, que criou a Anatel, ou não, mas sempre existe, de forma a assegurar que tais mercados operem de acordo com os princípios informadores da Ordem Econômica previstos na Constituição”.<sup>58</sup>

Diante desse quadro, a jurisprudência atual do Cade é no sentido de que existe uma competência residual da agência de concorrência, sempre que o regulamento é inexistente ou falho e/ou a autoridade fiscalizadora se revela inerte ou relapsa na supervisão e aplicação (enforcement) do regulamento. Isto afasta o motivo do arquivamento ostentado pelo titular da SDE/MJ. A atuação dos órgãos de defesa da concorrência tem um duplo propósito: punir os agentes que eventualmente, se beneficiando do caos regulamentar, se vejam envolvidos em práticas restritivas da concorrência e pressionar o órgão regulador para adotar as medidas adequadas a fim de sanar os vícios da regulamentação.<sup>59</sup>

#### *3.4 O requisito da active supervision e a impossibilidade de reconhecimento a priori de imunidade a determinada norma jurídica*

Conforme já se teve oportunidade de discorrer acima, o segundo requisito estabelecido pela State Action Doctrine para reconhecimento de imunidade antitruste a determinada regra é que sua aplicação tenha sido objeto de supervisão estatal ativa.

Com isso, se quer dizer que o Estado deve fiscalizar intensamente o desempenho de sua estrutura regulatória, evitando-se, assim, que os agentes pratiquem atos anticompetitivos não autorizados ou que o poder público atribua aos particulares total liberdade de atuação. Exige-se que aqueles que decidem os contornos da política regulatória sejam economicamente independentes dos seus resultados (cf. supra).

<sup>58</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 0800.002605/97-52. Voto do Relator Marcelo Calliari. Data de Publicação do Acórdão 31.03.1999. Cf. ainda BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar 08000.013661/97-95. Voto do Conselheiro-Relator Luis Fernando Schuartz. Data de Publicação do Acórdão: 06.10.2006.

<sup>59</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Representação 07/93. Representante: Cebracan. Representada: Rondonal. Apud: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 0800.002605/97-52. Voto do Relator Marcelo Calliari. Data de Publicação do Acórdão: 31.03.1999.

Tendo-se em vista que tal requisito deverá ser verificado no caso concreto,<sup>60</sup> decorre que não será possível negar a priori ao Cade a possibilidade de apreciação da conduta dos agentes econômicos atuantes em mercado regulado. O Cade deverá empreender detida análise da situação concreta, somente ao final da qual será possível aferir se a supervisão estatal foi suficientemente empreendida a ponto de garantir a imunidade antitruste.

Ressalte-se, por fim, que, não obstante verifique o Cade a ocorrência de imunidade antitruste, restar-lhe-á o poder-dever de advocacia da concorrência. Com efeito, o Conselho poderá submeter aos órgãos públicos responsáveis pela regulação “atos de constatação” no sentido de indicar alterações no ordenamento jurídico que atendam mais adequadamente aos interesses dos consumidores e ao princípio da eficiência (art. 7.º, X, Lei 8.884/94).<sup>61</sup>

### 3.5 *A adoção da State Action Doctrine pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)*

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica invocou os preceitos da State Action Doctrine em diversos de seus julgados,<sup>62</sup> afirmando sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro nessas ocasiões.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> Cf. supra. Não basta a mera existência do poder de supervisão, devendo ser comprovado que o estado efetivamente o exerce.

<sup>61</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Parecer ProCade 134/2006. Averiguação Preliminar 08000.013661/97-95. Representante: Ministério Público Estadual de Sergipe. Representado: Município de Aracaju.

<sup>62</sup> A ideia de estabelecer requisitos para que seja possível reconhecer imunidade antitruste a determinada conduta econômica chancelada pelo governo não existiu sempre de forma vigorosa no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. A jurisprudência do Cade revela ter havido situações em que tão-somente a constatação do envolvimento estatal em determinada conduta seria suficiente para afastar sua apreciação à luz da legislação antitruste em vigor. O Processo Administrativo 129/92, em que o DPDE ex officio oferece representação contra a “Associação Brasileira da Indústria Farmacêutica (Abifarma)”, ilustra tal forma de pensamento – embora caiba ressaltar que aqui se trata do envolvimento de órgão federal e não estadual na conduta dos agentes econômicos. Nesse processo, o Cade procedeu ao arquivamento do Processo Administrativo, em razão do fato de que a adoção de listas de preços e índices-padrão de reajustamento (condutas que, segundo o DPDE, caracterizariam abuso de poder econômico) teriam sido procedidos com intermédio do Ministério da Saúde. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 129/92. Voto do Conselheiro-Relator Arthur Barrionuevo Filho.

<sup>63</sup> A título de exemplo, mencione-se: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica; a) Processo Administrativo 08012.006507/1998-81. Voto do

Em alguns deles, é de se destacar que o Cade atribuiu à teoria contornos que diferem substancialmente de sua formatação original empreendida pela Suprema Corte americana.

Analisar-se-á, a seguir, três casos em que a State Action foi adotada pelo Conselho.

### *3.5.1 Adoção da State Action Doctrine em seus contornos típicos*

Constitui importante exemplo de adoção da State Action Doctrine pelo Cade o Processo Administrativo 0800.002605/97-52, em que “Associação Mineira dos Usuários de Transportes de Passageiros e Carga- AMUT P&C” oferece representação em face de “BHTRANS – Empresa de Transportes e Trânsito da Região Metropolitana de Belo Horizonte” e outras 87 empresas de transporte coletivo da Região Metropolitana.

Nesses autos, a AMUT acusa as representadas de formação de cartel no setor, visando à dominação do mercado relevante e ao aumento arbitrário de lucros, que estaria sendo obtido através de aumento de preços em nível superior à inflação.

Em defesa, as representadas defendem ser descabida a alegação de cartel para fixação de tarifa uniforme, uma vez que é o próprio Poder Público, e não as empresas, que fixa os valores. Ademais, sustentam a inaplicabilidade da Lei 8.884/94 às hipóteses de concessão ou permissão de serviço público, uma vez que “o Poder Público, ao concretizá-los, usa seu poder de império, tendo em vista que deve atender a hipóteses alheias à economia de mercado.”

Ao analisar a ocorrência de imunidade antitruste para a regulação tarifária da capital mineira, o Conselheiro-Relator, Marcelo Calliari, analisou a satisfação dos dois requisitos estabelecidos pela State Action Doctrine:

“A State Action Doctrine é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e, de fato, já foi adotada pelo Cade em diversos julgados. (...)

---

Conselheiro-Relator Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer; b) Parecer ProCade 134/2006. Averiguação Preliminar 08000.013661/97-95; c) Ato de Concentração 08012.000035/2000-68. Voto do Conselheiro-Relator Márcio Felsky; d) Ato de Concentração 08012.006762/2000-09. Voto do Conselheiro-Relator Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva; e) Processo Administrativo 08000.021660/1996-05. Voto do Conselheiro-Relator Fernando de Oliveira Marques; f) Processo Administrativo 08012.000677/1999-70. Voto do Conselheiro-Relator Luis Fernando Rigato Vasconcellos.

Cumpra agora verificar se, no caso em tela, a regulamentação do serviço de transporte coletivo na Região Metropolitana de Belo Horizonte segue política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação e dispõe de supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações por ela impostas.

Não há dúvida de que o Estado de Minas Gerais e o município de Belo Horizonte, ao regulamentarem o transporte público coletivo, fazem uso de competência constitucional e infraconstitucional clara. (...)

Claro está, então, que, a partir da Constituição Federal, seguiu-se política claramente expressa e definida de regulamentação. Cabe agora perquirir se houve supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação. (...)

[E]ntendo que, no caso sub judice, o poder público estadual e municipal tomou as providências necessárias para que a regulamentação do transporte coletivo da Região Metropolitana de Belo Horizonte se dê de acordo com o arcabouço legal”.<sup>64</sup>

Diante de tais conclusões, concluiu o Relator que a regulação do transporte coletivo na Região Metropolitana de Belo Horizonte discutida era dotada de imunidade antitruste, sob a chancela da State Action Doctrine. Em decorrência disso, as práticas das empresas de ônibus – tanto quanto realizadas em estrita obediência da regulamentação imune – não poderiam ser acusadas de infração à ordem econômica por dominação de mercado ou aumento abusivo de lucros.

### 3.5.2 *A aplicação da State Action Doctrine para análise de regulação econômica federal*

Não obstante seja a State Action Doctrine ligada em sua essência ao federalismo (cf. supra), tem-se que o Cade já mencionou a aplicabilidade dos princípios dessa doutrina americana para análise da imunidade antitruste de regulamentação econômica expedida por órgãos situados em seu próprio nível de governo (federal).

<sup>64</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 0800.002605/97-52. Voto do Conselheiro-Relator Marcelo Calliari. Data de Publicação do Acórdão 31.03.1999.

Exemplifica tal situação o Ato de Concentração 08012.006688/2001-01 – julgado pelo Conselho em 18 de fevereiro de 2004, tratando da aquisição, pela CTBC Celular S/A, de 56% das ações ordinárias na empresa Net Site S/A.

Nesse processo, a Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico (Seae) vislumbrava potenciais impactos anticoncorrenciais no tocante à repartição de receitas entre as empresas notificantes, sugerindo a aprovação da operação com a condição de que fosse firmado “compromisso de a CTBC Telecom manter um tratamento isonômico com relação ao fornecimento de infraestrutura de telecomunicações anteriormente definida, em todos os seus aspectos, inclusive no que diz respeito ao compartilhamento de receita, aos concorrentes da Net Site por três anos, sob o monitoramento da autoridade antitruste”.

Entendendo pela impertinência de tal sugestão, entendeu o Conselheiro-Relator, Dr. Thompson Almeida Andrade, ser desnecessário que as empresas prestassem compromisso diante do Cade, tendo-se em vista o fato de a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) já regular devidamente o tema através da Norma 004/95.

Em Voto-Vista, o Conselheiro Cleveland Prates Teixeira manifestou discordância do entendimento do Relator. Argumentando ser a regulamentação expedida pela Anatel insuficiente para a solução do problema do compartilhamento de receitas entre as empresas,<sup>65</sup> sugere ser necessário que o Cade delimite os termos em que tal compartilhamento se dará, evitando, desse modo, impactos anticoncorrenciais futuros. O Conselheiro sustenta suas alegações com base na State Action Doctrine, alegando serem seus princípios extensíveis a situações envolvendo regulação emanada por órgão regulador situado no nível federal de governo (Anatel).

Note-se que apesar da State Action, em sua formulação original, aplicar-se aos conflitos entre normas federais antitruste e normas estaduais de regulação, seus princípios são plenamente possíveis no presente caso.<sup>66</sup>

<sup>65</sup> “Partindo das considerações apresentadas pela Anatel, é possível concluir que o tratamento isonômico previsto na Norma 004/95 alcança apenas o uso da infraestrutura de telefonia, não havendo, regulamentação acerca do compartilhamento de receita entre as empresas.” BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08012.006688/2001-01. Voto-Vista do Conselheiro Cleveland Prates Teixeira. Data de Publicação do Acórdão: 16.04.2004.

<sup>66</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08012.006688/2001-01. Voto-Vista do Conselheiro Cleveland Prates Teixeira. Data de Publicação do Acórdão: 16.04.2004.

Com a devida vênia de tal raciocínio, há que se registrar que, tratando-se de regulação emitida por agência reguladora situada no mesmo nível que o órgão de defesa da concorrência (federal), estar-se-á lidando com uma questão de competência administrativa indiferente ao federalismo (razão de ser da State Action Doctrine).

O tratamento de questão como a do presente caso pode lançar mão, aliás, de outra doutrina americana, que também encontra acolhida no cenário jurídica nacional: a Pervasive Power Doctrine.

Dois e apenas dois são os casos em que é possível afastar a competência das agências governamentais encarregadas da aplicação do direito antitruste. Em ambos, o poder conferido à agência governamental deve ser amplo o suficiente (pervasive) para afastar a competência de qualquer órgão.

Em uma primeira hipótese o poder do órgão é extenso o suficiente para afastar qualquer outra competência. (...)

A segunda hipótese é aquela em que, apesar de não dotado de extensão suficiente para afastar a aplicação do direito antitruste, o poder é profundo o suficiente para fazê-lo. Nesta hipótese, o que ocorre é que o poder conferido à agência governamental independente já inclui a competência para aplicar a lei antitruste; (...) <sup>67</sup>

### *3.5.3 O estabelecimento de novos requisitos para a configuração de imunidade de determinada regulação estadual ou municipal*

Casos há, ainda, em que, para que o Conselho reconheça imunidade antitruste a determinada regulamentação estadual ou municipal, são erigidos requisitos adicionais aos estabelecidos na formulação tradicional da State Action Doctrine, acima referidos.

Tal ocorre, especialmente, quando o Conselho empreende análise do conteúdo da regulação, para fins de determinação de sua eficiência, razoabilidade e compatibilidade com o princípio da livre concorrência.

Veja-se o exemplo do Processo Administrativo 08012.006207/98-48, em que a Companhia Nacional de Álcalis e outros promovem representação em face da Companhia Estadual de Gás do Rio de Janeiro – CEG e da Riogás S/A, em razão da suposta fixação de preços abusivos.

<sup>67</sup> FILHO, Calixto Salomão. Op. cit., p. 248.

O Voto do Conselheiro-Relator, Dr. Afonso Arinos de Mello Franco Neto, conquanto se proponha a analisar a regulamentação estadual sob a State Action Doctrine, empreende de fato verdadeiro julgamento acerca da eficiência do sistema de tarifas discutido.

Analisando o atendimento ao primeiro requisito – política regulatória claramente articulada de substituição da livre concorrência pela regulação – pronuncia-se da seguinte forma:

Claro está, então, que a partir da Constituição Federal, seguiu-se a competência para definição e implantação de política de regulamentação. Fica também provida a racionalidade econômica da concessão de exclusividade e imposição de limites regulatórios a um monopólio natural de distribuição de gás natural canalizado. Cabe agora perquirir se houve supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação.<sup>68</sup>

Propondo-se, em seguida, a discutir o preenchimento do requisito de supervisão ativa, o Voto passa em verdade a analisar a eficiência econômica do sistema de tarifas adotado pela CEG e Riogás S/A, concluindo sobre esse particular que:

Conclui-se que o sistema de tarifas máximas diferenciadas por blocos de consumo aplicado pelas concessionárias, na sua concepção e na metodologia usada para seu emprego e administração, atende os requisitos de um sistema regulatório eficiente e promotor do bem-estar social.<sup>69</sup>

Baseando-se nesses argumentos, o Conselheiro entendeu encontrar-se o sistema de tarifas inserido em hipótese de imunidade antitruste.

Tal abordagem é contraditória com a razão de ser da imunidade antitruste. Ora, se tal imunidade consiste essencialmente em atribuir-se à regulação estadual ou municipal o poder de revogar determinados standards jurídicos da legislação de defesa da concorrência (cf. supra), não caberá ao Cade analisar o conteúdo de tal regulação para aferir sua adequação ou eficiência, sob pena de inutilização do conceito.

---

<sup>68</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.006207/98-48. Voto do Conselheiro-Relator Afonso Arinos de Mello Franco Neto. Data de Publicação do Acórdão: 01.03.2001.

<sup>69</sup> Idem.

#### 4. Conclusão

A State Action Doctrine atua como importante paradigma para solução das controvérsias criadas pelo fato de a distribuição federativa de poder normativo atribuir à União, aos Estados e aos Municípios competência concorrente para ordenação de mercados, ao determinar as hipóteses em que será juridicamente possível ao ente federado emitir regulação que revogue parcial ou totalmente os padrões normativos da legislação federal de defesa da concorrência.

À luz dessa doutrina, será reconhecida imunidade antitruste à determinada norma jurídica quando esta (i) formalmente inserir-se em contexto de uma política regulatória claramente articulada e expressamente apresentada pelo Estado como tal (substituição da livre concorrência pela regulação) e (ii) for objeto de supervisão estatal ativa.

Tais preceitos já foram adotados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica em diversos julgados. Em alguns deles, não obstante, observa-se que o Cade empreendeu certa alteração nos contornos originais da doutrina, acrescentando requisitos ou interpretando a State Action Doctrine de forma diversa do originalmente formatado pela Suprema Corte Americana.

Espera-se, com o presente trabalho, otimizar a discussão acerca dos limites jurídicos entre regulação e livre concorrência, especialmente no tocante à intervenção dos entes federados no domínio econômico.

#### Referências bibliográficas

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, ordem econômica e agências reguladoras. In: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 15-67.
- BONER, Roger Alan. Antitrust and state action in transition economies. *Antitrust Bulletin*, Spring, 1998, 43, 1.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08012.006688/2001-01. Voto-Vista do Conselheiro Cleveland Prates Teixeira. Data de publicação do acórdão: 16.04.2004.
- \_\_\_\_\_. Averiguação Preliminar n. 08000.013661/97-95. Voto do Conselheiro-Relator Luis Fernando Schuartz. Data de publicação do acórdão: 06.10.2006.

\_\_\_\_\_. Parecer ProCade n. 134/2006. Averiguação Preliminar 08000.013661/97-95. Representante: Ministério Público Estadual de Sergipe. Representado: Município de Aracaju.

\_\_\_\_\_. Processo Administrativo n. 0800.002605/97-52. Voto do Relator Marcelo Calliari. Data de Publicação do Acórdão: 31/03/1999.

\_\_\_\_\_. Processo Administrativo n. 08012.006207/98-48. Voto do Conselheiro-Relator Afonso Arinos de Mello Franco Neto. Data de publicação do acórdão: 01.03.2001.

\_\_\_\_\_. Processo Administrativo n. 08012.006507/1998-81. Voto do Conselheiro-Relator Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Data de publicação do acórdão: 20.08.2003.

\_\_\_\_\_. Processo Administrativo n. 129/92. Voto do Conselheiro-Relator Arthur Barrionuevo Filho.

\_\_\_\_\_. Representação n. 07/93. Representante: Cebracan. Representada: Rondal. Apud: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 0800.002605/97-52. Voto do Relator Marcelo Calliari. Data de publicação do acórdão: 31.03.1999.

DELACOURT, John T.; ZYWICKY, Todd J. The FTC and state action: evolving views on the proper role of government. *Antitrust Law Journal*, v. 72, n. 3, 2005, pp. 1076-1079.

ELHAUGE, Einer Richard. The scope of antitrust process. *104 Harvard Law Review*, p. 672, 1990-1991.

FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido. Política industrial e política antitruste: uma proposta de conciliação. *Revista do Ibrac*, v. 3, n. 8, 1996.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – The law of the competition and its practice*. Third Edition (Hornbook Series). United States: Thomsom/West, 2005.

INMAN, Robert P. Federalism values and the value of federalism. *Working Paper 13735*. NBER Working Paper Series, January 2008.

MOTTA, Ronaldo Seroa; SALGADO, Lúcia Helena; FIÚZA, Gabriel. Desafios da regulação econômica no Brasil. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: *Boletim de Conjuntura*, n. 74, set. 2006, pp. 99-102. Disponível

em: <[http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/boletim\\_conjuntura/bc\\_74m.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/boletim_conjuntura/bc_74m.pdf)>. Acesso em: 08 ago. 2008.

OECD. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). Competition Policy and Regulatory Reform in Brazil: a Progress Report. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sde/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={C35546D0-65E3-4AE1-B7AD-094F-B715F05D}&ServiceInstUID={2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A}>>>. Acesso em: 22 set. 2008.

PRITCHETT, C. Herman. *La Constitución americana*. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1965.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Washington Albino Peluso de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005,

UNITED STATES OF AMERICA. U.S. Supreme Court. California Liquor Dealers Assn. v. Midcal Aluminun, Inc., 445 U. S. 97 (1980). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/445/97/case.html>>. Acesso em: 14 jul. 2008.

\_\_\_\_\_. *City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising*, 499 U.S. 365 (1991). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/499/365/>>. Acesso em: 4 ago. 2008.

\_\_\_\_\_. *Constitution of United States of America*. Disponível em: <[http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution\\_transcript.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html)>. Acesso em: 17 jul. 2008.

\_\_\_\_\_. *Community Communications v. City of Boulder*, 455 U. S. 40, 102 S. Ct. 835 (1982). Disponível em: <<http://law.onecle.com/ussc/504/504us621.html>>. Acesso em> 30 jul. 2008.

\_\_\_\_\_. *Federal Trade Commission v. Ticor Title Insurance co. et al.*, 504 U. S. 621 (1992). Disponível em: <<http://law.onecle.com/ussc/504/504us621.html>>. Acesso em: 30 jul. 2008.

\_\_\_\_\_. *Hallie v. Eau Claire*, 471 U.S. 34 (1985). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/471/34/>>. Acesso em: 4 ago. 2008.

\_\_\_\_\_. *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341 (1943). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/317/341/case.html>>. Acesso em: 31 jul. 2008.

\_\_\_\_\_. *Patrick v. Burget*, 486 U.S. 94 (1988). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/486/94/index.html>>. Acesso em: 30 jul. 2008.

