

COMPETÊNCIAS ANTITRUSTE E REGULAÇÕES SETORIAIS

*Alexandre Santos de Aragão**

A aplicação do Direito da Concorrência a setores regulados, inclusive a serviços públicos e de infra-estrutura, em outras palavras, a coexistência entre as técnicas da regulação econômica e as de defesa da concorrência, é uma realidade inegável que tende a se alargar ainda mais com a crescente submissão dessas atividades às regras do mercado, “seja porque a regulação deve se orientar para criar as condições de mercado onde a concorrência for possível, seja porque a intervenção reguladora em determinados setores não exclui a paralela aplicação das regras da concorrência nos segmentos afetados pelas falhas do mercado”.¹

Sobre a relação existente entre competências regulatórias e concorrenciais, a doutrina costuma mencionar como ponto de partida interpretativo as duas teorias desenvolvidas no direito norte-americano.²

Podemos adiantar, no entanto, que, sem embargo dos aportes gerais que podem trazer, elas são de tal forma vinculadas a aspectos gerais do Direito Constitucional Federativo dos EUA, a conflitos de competências fe-

* Professor-adjunto de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor do Mestrado em Regulação e Concorrência da Universidade Candido Mendes. Professor-visitante do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Professor de Pós-graduação da Fundação Getulio Vargas – FGV (Rio de Janeiro e São Paulo). Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Advogado (alexaragao@zipmail.com.br).

¹ VALDEZ, Oscar Aguilar. El acto administrativo regulatorio. In: *Acto administrativo y reglamento*, Buenos Aires: RAP 2002, p. 453.

² Também no Direito Comparado, merecem menção o art. 86 do Tratado da Comunidade Européia e o art. 8.º da Lei italiana 287/1990, que dispõem que o Direito da Concorrência não é aplicável às empresas que “exercem a gestão de serviços de interesse econômico geral ou mesmo operam em regime de monopólio no mercado, em tudo que esteja estreitamente conexo ao cumprimento das missões a elas conferidas” (cf. JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 101).

derivativas que não têm nada ou muito pouco a ver com o nosso Sistema, que cremos que elas devem ser tratadas apenas como uma inspiração doutrinária de segundo grau.

Acreditamos que, talvez, parte das dificuldades de resolução dos problemas competenciais objeto do presente ensaio possa ser tributada à aplicação acrítica entre nós das discussões entre essas correntes norte-americanas. Note-se que, ao contrário da salutar aplicação da teoria econômica de anti-truste desenvolvida nos EUA, essas teorias são de conteúdo eminentemente jurídico, jurídico-constitucional, concernente ao Federalismo, tema no qual o Direito brasileiro e o norte-americano são muito distintos.³

Bastante diversa também é a plasticidade que a *common law* propicia para a definição de competências, dependendo das capacidades e práticas institucionais de cada contexto, o que seria impensável em nosso Direito (pelo menos em seu atual estágio científico), em que se têm as competências administrativas como predeterminadas pelo ordenamento jurídico, sobretudo pela própria Constituição.

Partiremos, contudo, dessas duas visões norte-americanas, já que é sobre elas que existe o maior acúmulo de discussão na nossa doutrina e jurisprudência administrativa, para, ao final, fazer algumas proposições que não têm a pretensão de ser exaustivas, nem, muito menos, definitivas, aliás, como nada em ciência – ainda mais em ciência social – deve ser.

A primeira, denominada *State Action Doctrine*, foi desenvolvida a partir da decisão da Suprema Corte Norte-Americana no caso *California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal*, no qual foi deduzido conflito de competência entre atos dos governos estaduais e a legislação federal de defesa da concorrência.

Nesse julgamento, a Suprema Corte determinou serem dois os critérios analisados para se concluir se uma determinada regulação setorial estadual excluiria ou não a aplicação do direito antitruste federal: em primeiro lugar, seria necessário que a decisão da autoridade reguladora fosse tomada em decorrência de uma política claramente expressa de substituição da concorrência pela regulamentação; em segundo lugar, far-se-ia necessária a supervisão ativa e constante quanto ao cumprimento das obrigações

³ Basta lembrar, por exemplo, as clássicas e sempre repetidas lições segundo as quais o federalismo norte-americano é centrípeto, e o brasileiro centrífugo.

regulatórias impostas.⁴ Os dois requisitos deveriam apresentar-se cumulativamente para que se pudesse concluir sobre a imunidade do ato à revisão das autoridades antitruste.⁵

A segunda teoria norte-americana é a denominada “Teoria do Poder Amplo”, elaborada para regradar possíveis conflitos de competência entre o órgão federal antitruste e uma regulaco setorial também de sede federal, fornecendo critérios para avaliar quando a competência regulatória setorial afastaria a aplicacão do direito concorrencial.

Também nesses casos seriam duas as possibilidades de não-incidência da norma antitruste: ou as atribuices da autoridade regulatória têm tamanha extensão que afastariam qualquer outra atribuico, ou são suficientemente profundas, isto é, a própria autoridade setorial possui competência para aplicar a legislaco de defesa da concorrência.⁶

Na Itália, FRANCESCO CARINGELLA afirma que nesses casos é aplicada uma “subsidiariedade elástica (que muitos acham ser a subsidiariedade em sentido próprio), que remete à avaliao da necessidade de sua interveno naquele caso concreto, ou, o que é a mesma coisa, à sua verificaco da adequaco da atuao do ente mais próximo ao cidadão com vistas à tutela de um determinado interesse ou à persecuco de determinado resultado: a verificaco não se volta apenas a tutelar o interesse do ente pe-

⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulaco da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 136-137.

⁵ Para Calixto Salomão Filho, a adoco dessa teoria no ordenamento jurídico pátrio “levaria à conclusão necessária de que apenas quando o Estado permite a alguém a exploraco de serviço público mediante concessão haveria a imunidade”, pois somente nessas hipóteses restaria cristalino o intuito estatal de substituir a concorrência pela regulaco do monopólio, assim como estaria o Estado dotado de interesse e aparato de fiscalizaco suficientes para supervisionar a atividade do particular: “A não aplicacão do sistema concorrencial são é admissível quando o Estado substitui o mercado na determinaco das variáveis fundamentais da empresa (quantidade e preço) e fiscaliza efetivamente o seu cumprimento pelos particulares, ou seja, quando cria diretamente a utilidade pública” (*Regulaco da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 137; e *Direito concorrencial – as estruturas*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 215-218, respectivamente).

⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulaco da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 138-139.

riférico, mas também a mesma eficiência, inclusive temporal, na condução das atividades administrativas”.⁷

No Brasil a doutrina destaca a existência de uma complementaridade entre as competências das autoridades regulatória e de defesa da concorrência. Nesse sentido, cumpre observar, em primeiro lugar, que nenhuma indústria ou serviço encontra-se imune à incidência das normas da Lei 8.884/94 sobre infrações contra a ordem econômica, sendo que o seu art. 15 determina que a lei aplica-se indistintamente a pessoas jurídicas de direito privado e público,⁸ apesar de entendermos que o dispositivo é mais aplicável ao exercício de atividades econômicas por pessoas jurídicas de Direito Público do que sobre a regulação por elas exercida sobre atividades econômicas privadas.

Quanto ao controle do CADE sobre as normas reguladoras expedidas pelas entidades públicas setoriais, parece-nos que o dispositivo mais diretamente aplicável seja o art. 7.º, X, da Lei 8.884/94, que diz competir ao plenário 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.

Assim se manifestou o Conselheiro FERNANDO MARQUES⁹ sobre as normas e orientações expedidas pelo DAC que vedavam a concessão de descontos em passagens aéreas: “Nesta nova realidade, incentivar os agentes de viagem a não conceder descontos, ou seja, a adotarem postura comercial uniforme é conduta anticoncorrencial que deverá ser punida pelas autoridades antitruste. No entanto, antes esta conduta não era infração e, com a nova Constituição e com a desregulação do setor passou a ser. Donde se percebe que era e foi, acredito que até o presente julgamento, um ponto nebuloso inquirir-se a respeito da licitude ou ilicitude desta conduta. Em suma, com esse julgamento o CADE sinaliza claramente que não se admitirá mais esta

⁷ CARINGELLA, Francesco. *Corso di diritto amministrativo*, Milano: Giuffrè, 2001, tomo I, p. 739.

⁸ “Art. 15. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades de pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.”

⁹ Voto do Processo Administrativo 08000.007754/95-28 (Associação Brasileira de Agências de Viagem do Distrito Federal – ABAV/DF e Sindicato das Empresas de Turismo do Distrito Federal – SINDETUR/DF).

prática, pois ela traz efeitos negativos à concorrência, configurando a hipótese prevista no inc. I do art. 20 da Lei 8.884/94. (...) Do exposto e com base neste fundamento, determino a remessa de cópias da presente decisão ao Departamento de Aviação Civil e Tribunal de Contas da União, para ciência e eventuais providências de seu mister, observando a referidos órgãos, notadamente ao DAC, que a limitação dos descontos apresenta fortíssimos impactos na dinâmica do mercado e na livre concorrência, merecendo maior atenção e estudo para sua revisão no âmbito legislativo”.

Em outro caso,¹⁰ tratando especificamente da aplicação da Lei da Concorrência a concessão de serviço público, o mesmo Conselheiro do CADE se manifestou:

“Foi analisado se estas sugestões deveriam ser adotadas como recomendações ao Órgão concedente ou como determinações impostas como condição para a aprovação do Ato de Concentração. Definiu-se como prerrogativa do Poder concedente avaliar a conveniência e oportunidade da adoção de medidas propostas pelo SBDC nos atos de concentração que envolvam apreciação de contrato de concessão de serviço público, a teor do art. 175 da Constituição Federal. Não obstante, foi ressaltada a norma constitucional dos arts. 170, IV e 173, § 4.º, que prevêm a livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico, concluindo-se que a liberdade do Poder Público em estabelecer a concessão de serviço público não pode ser tida como absoluta, devendo ser preservada, sempre que possível, a livre concorrência. Dessa forma, cabe aos órgãos antitruste solicitar medidas dos entes federados para a adequação da norma à legislação concorrencial, uma vez que se não observadas, podem ser objeto de representação do CADE junto ao Ministério Público a fim de resguardar a ordem econômica. Assim, no mesmo sentido do mencionado voto, determino a expedição de uma recomendação ao Poder Concedente para que adote as providências acima listadas pela Agência Nacional do Petróleo”.¹¹

¹⁰ Ato de Concentração 08012.005516/2001-11 (Petrobrás Gás S.A. – Gaspetro, Gásgoiano S.A. e Agência Goiana de Gás Canalizado – Goiásgás).

¹¹ Do mesmo modo, no Ato de Concentração 08012.002455/2002-11, o Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer destacou: “[a Constituição Federal] prevê a livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico como normas a serem obedecidas (art. 170, IV e art. 173, § 4.º). Nesse contexto, a liberdade do

Portanto, o não-atendimento à solicitação do CADE pode levar a outras medidas possíveis que não a sua intervenção direta na regra ou no comportamento anticoncorrencial, conforme destacado pelo Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, no julgamento do Processo Administrativo 08012.006507/98-81, em que asseverou que o CADE enviaria o caso à sua Procuradoria, a fim de que essa tomasse as medidas judiciais cabíveis ou, na impossibilidade de fazê-lo (por exemplo, quando se tratar de ação direta de inconstitucionalidade), elaborasse representação ao Ministério Público, a fim de anular judicialmente a norma legal estadual ou municipal incompatível com a infratora à ordem econômica.

A análise das decisões supracitadas demonstra, de maneira incontroversa, que as normas gerais de defesa da concorrência também incidem sobre as atividades sujeitas à regulação setorial, inclusive serviços públicos,¹² mas não como se essas atividades não fossem sujeitas a toda uma organização e lógica setorial própria.

Poder Público em estabelecer a concessão de serviço público não pode ser tida como absoluta, devendo ser preservada, sempre que possível, a livre concorrência. Porém, é de ser ponderada a questão do pacto federativo, o qual impede que o SBDC imponha a inobservância de normas municipais ou estaduais do mesmo modo que pode proceder quando se tratar da Administração Pública ligada ao Poder Executivo Federal. Nesses casos, cabe aos órgãos Antitruste tão-somente solicitar medidas dos entes federados para a adequação da norma à legislação concorrencial, que uma vez não observadas, podem ser objeto de representação do CADE junto ao Ministério Público a fim de resguardar a ordem econômica” (Voto do Conselheiro, p. 4).

¹² Entidades reguladoras setoriais há que desempenham outras funções além da supervisão de serviços públicos, abrangendo também a tutela de atividades econômicas em sentido estrito que sejam especialmente sensíveis para a coletividade, tais como saúde complementar, produção e comercialização de medicamentos, bebidas alcoólicas e derivados do tabaco (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 267). A esse respeito, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto menciona existirem duas vertentes da transformação do papel do Estado propiciadas pelo fenômeno da regulação, quais sejam: (i) a separação entre o provedor dos serviços essenciais e os agentes encarregados da regulação; e (ii) o advento de novos espaços regulatórios estatais, consubstanciados no surgimento de novas entidades voltadas para regular atividades econômicas ou interesses específicos, antes deixados ao alvedrio do mercado, ou submetidos a instrumentos jurídicos inadequados (como os setores de saúde complementar, vigilância sanitária, água) (MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. In: SUNDFELD, Carlos Ari [Coord.]. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 78).

da Concorrência serve para reprimir os abusos de posição dominante caso por caso, mas não faculta a imposição de medidas estruturais de caráter geral”.¹⁷ Também Ruy Santacruz¹⁸ observa “cabem a cada agência planejar a estrutura do mercado que regula e a forma de concorrência que considere melhor para a sociedade. Dessa maneira, não é lógica a possibilidade desse planejamento ser alterado pela decisão do órgão antitruste, que desconhece a estratégia do regulador e não detém os conhecimentos técnicos específicos necessários para a tomada de decisão. A duplicidade de regulação é, desse modo, ineficiente do ponto de vista público e privado”.

Nesse sentido tem se inclinado a jurisprudência do CADE, por exemplo, em voto do Conselheiro Mércio Felsky, o qual se pronunciou sobre eventual conflito de competências entre o CADE, o Poder Concedente dos Estados e a ANP, a respeito do mercado de gás natural: “No caso em análise, porém, em que os serviços já foram concedidos de acordo com as regras estabelecidas pelo legítimo poder concedente, entendo que cabe a ele (poder concedente) e à agência reguladora criada avaliar a conveniência e a oportunidade das medidas propostas”.¹⁹

Em caso que versava sobre o conflito da regulação municipal dos serviços de táxi com as competências do CADE, a Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva entendeu que, “ainda que se trate de legislação que contrarie preceitos constitucionais, prejudicando os consumidores e influenciando as condições do mercado, não compete ao CADE o exercício de qualquer poder de constrição sobre o ente público do qual emane o ato de Estado. Goza o CADE, porém, de competência acessória para solicitar à Autoridade a adequação da norma legislativa aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, inclusive encaminhando-lhe minuta de possível diploma substitutivo, bem como para formular representação junto ao Ministério Público visando a anulação do preceito legal”.²⁰

¹⁷ LÉPINETTE, Tomás Vazquez. *La obligación de interconexión de redes de telecomunicación*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 74-75.

¹⁸ SANTACRUZ, Ruy. Fundamentos (econômicos) da regulação pública dos mercados, *Revista Arché: interdisciplinar*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 29, 2001, p. 97.

¹⁹ Ato de concentração 08000.021006/97-65, Requerentes Gás Natural SDG, S.A., Ementhal Participações e Empreendimentos Ltda., Borgogna Participações e Empreendimentos Ltda.

²⁰ Cf. FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Lei da Concorrência conforme interpretada pelo CADE*. São Paulo: Singular, 1998, p. 302. Em matéria de portos o CADE

estruturantes setoriais – competência, *in casu*, da ANATEL. Assim, não se mostrava possível a utilização de uma interpretação extensiva, a partir da legislação existente só para o serviço de TV a cabo, sem se extrapolar o âmbito de competência do CADE.²²

²² “11. Venho sublinhar que a atuação do CADE não pode ser entendida como a de verificação ‘em tese’ da obrigatoriedade ou não de liberação do sinal por parte de concessionárias de radiodifusão, mas como a análise da licitude dessa conduta, praticada por empresa determinada, em face da Lei da Concorrência e diante de aspectos concretos tão peculiares como comprovam a riqueza dos autos. 12. Com efeito, não cabe ao CADE invocar e, muito menos, criar norma geral que imponha obrigação à TV Aberta e, a partir dela, oferecer interpretação alargando conceitos e inventando regras. Mas pode o CADE, como corolário de sua função legal, analisar situações concretas que tenham impactos concorrenciais, proferindo uma decisão com base, especialmente, nos artigos 20 e 21 da Lei da Concorrência. 13. Por isso, ‘*data maxima venia*’, absolutamente imprópria qualquer aplicação, analógica ou teleológica, supostamente extensiva ou sistemática, pelo CADE, da legislação que regula um setor específico (TV a cabo), que conta com agente regulador próprio, máxime se contrária ou incompatível com a regulação ou interpretação que o mesmíssimo órgão competente oferece a outro setor (TV por satélite). Qualquer atuação do CADE, nesse sentido, ultrapassaria, em muito, sua competência, por si só já bastante ampla, de adjudicação do direito da concorrência e invadiria, com indisfarçável ofensa à legalidade, competências regulatórias da ANATEL, do Ministério das Comunicações ou do Poder Legislativo” (Voto do Conselheiro Celso Campilongo no processo administrativo 53500.000359/99, em 20/06/2001, p. 2-3). De forma coerente com os casos analisados, decidiu ainda o Conselheiro-Relator Roberto Pfeiffer, aplicando a *State Action Doctrine* (v. início deste Tópico), no Processo Administrativo 08012.006507/98-81, o qual versou sobre a regulação do funcionamento de táxis no município de Parnamirim: “O que se viu nesse processo foi uma série de normas regulatórias, fulcradas no poder de polícia da Administração Pública municipal, que se destinam a estabelecer limites e condições às fontes de mercado (preço e entrada). Tais normas se justificam pela necessidade de garantir qualidade de segurança nos serviços de transporte de passageiros no município de Parnamirim, em respeito ao consumidor final e, em consequência, ao interesse público. Como visto, as decisões regulatórias que geraram as normas objeto do presente processo administrativo foram *uma consequência imediata de uma política expressa e bem definida de regulação, sendo de se ressaltar que as obrigações que derivam de tais normas são sujeitas à fiscalização constante e ativa, conforme demonstrado*. A sua razoabilidade faz com que não se vislumbre infração ao princípio constitucional da livre concorrência. É importante, no entanto, dizer que o aproveitamento da *State Action Doctrine* ao caso *sub judice*, por estarem presentes os requisitos ilustrados acima, não deve elidir a análise do possível abuso do poder econômico, que deve ser coibido em todo e qualquer mercado em que possa ser exercido, nem coatar a

Complementando os precedentes citados e resumindo a posição que perfilhamos, podemos citar excerto do Voto do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Jr., no AC 53500.001990/2000, em que se afirmou: “No que concerne à eventual invasão do CADE de competência regulatória pertencente à ANATEL a questão é mais delicada. Isto porquanto é possível, ao menos em tese, vislumbrar situações nas quais pode haver certa justaposição entre a função regulatória e a função judicante da autoridade antitruste. Neste passo, concordo com o Parecer do professor Carlos Ari Sunfeld acostado aos autos, quando este afirma que ‘a simples existência de atos, legais ou administrativos, disciplinando a organização de um dado setor da economia’ (...), embora possa afetar a incidência do direito antitruste, não tem o efeito de excluí-lo. O que se imporá, por certo, será o dever de, em suas decisões, a autoridade antitruste combinar as normas gerais antitruste com as normas especiais de organização do setor”.²³

Portanto, a competência para delinear os contornos do setor e definir normas gerais é da regulação setorial, não podendo o CADE subverter ou inviabilizar na prática a pauta regulatória. Em se tratando de segmento regulado, especialmente servio público, a atuação do CADE deve, com efeito,

competência do CADE para decidir sobre a ocorrência de infrações contra a ordem econômica” (Processo administrativo 08012.006507/98-81, Representante: Ivan Garcia Diniz, Representados: Cooperativa dos Condutores de Táxi do Aeroporto Internacional Augusto Severo e outros, Conselheiro-Relator Roberto Pfeiffer, j. em 06/08/2003, grifamos).

²³ Fazendo um balanço da jurisprudência do CADE podemos afirmar que, apesar de um claro *main stream* de decisões refratárias à imunidade antitruste, “tem mostrado instâncias em que algum grau de abstenção tem sido adotado quando o colegiado se viu diante de regulação setorial. O que parece neste particular é que a análise das decisões do CADE permite inferir dois fenmenos. Em primeiro lugar, parece haver um cuidado para evitar qualquer reconhecimento expresso da possibilidade de imunidade antitruste no contexto da atuação de órgãos federais. Apesar disso, e esse é o segundo fenmeno a observar, se não há aplicação, ainda que tímida, de imunidade, as decisões do colegiado não deixam, em diversos casos, de emprestar conseqüências, no que diz respeito à sua própria análise, à regulação setorial, como a admitir um papel regulador no que diz respeito às preocupações concorrenciais: disso decorre o grau de abstenção mencionado” (ROCHA, Bolívar Moura e OLIVEIRA, Hermes Nereu Cardoso. Balanço da articulação entre órgãos de defesa da concorrência e agências reguladoras de infra-estrutura. In: ROCHA, Bolívar Moura (Coord.). *A regulação da infra-estrutura no Brasil*. São Paulo: IOB, 2003, p. 240).

ser excepcional e pontual, para reprimir eventual abuso do poder econômico, respeitado sempre o arcabouço regulatório setorial.

Conforme se observa nos julgados do CADE, esse tem por praxe basicamente apenas oficiar a outros órgãos ou entidades a fim de que tomem providências, no âmbito de suas competências, para conferir efetividade ao princípio da livre concorrência. Como providência relativamente direta do próprio CADE não seria de se excluir, de acordo com a sua jurisprudência, apenas a propositura de ação civil pública por sua própria Procuradoria contra a regulação anticoncorrencial, o que, todavia, fica também dependente, por óbvio, da decisão judicial a ser proferida. Do contrário, teríamos, paralelamente ao controle abstrato da constitucionalidade de leis e atos normativos pelo STF, um impensável controle abstrato, pelo CADE, da compatibilidade com a Lei 8.884 de leis e atos normativos.

Tendo centrado nossa atenção até o momento na sindicabilidade concorrencial dos atos, geralmente normativos, que estruturam setores regulados, deve doravante ser destacado que a lógica concorrencial é igualmente aplicável à atuação dos reguladores e da Administração Pública em geral como licitantes de delegações de serviços públicos. A lógica da concorrência deve ser aplicada à exploração empresarial das atividades de serviço público, desenvolvida pela iniciativa privada sob a concepção da lucratividade. Daí segue a aplicação de princípios peculiares ao âmbito não-estatal, tais como a tutela à propriedade privada, à livre iniciativa e à livre concorrência. Mesmo diante da hipótese de inviabilidade absoluta de competição, é possível a competição por comparação ou “*yardstick competition*”.²⁴ Ou seja, é viável a submissão do tratamento de todos prestadores de serviço público a padrões comparativos, através de instrumentos destinados a produzir efeitos similares aos gerados pela concorrência.²⁵

A experiência internacional menciona que as licitações para a concessão de serviços públicos às vezes acabam impondo limitações desneces-

²⁴ Cf. parecer por nós elaborado em 30 de agosto de 2004, em co-autoria com Adriano Candido Stringhini, Giovani Ribeiro Loss e Lucas Prado, para a Comissão de Estudos da Concorrência e da Regulação Econômica da OAB/SP e por ela aprovada sob a Presidência do Professor Fernando Passos.

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 1998, p.11 e ss.

máximo a limitação à concorrência no processo licitatório e na execução dos futuros contratos.

Não há de se admitir, salvo excepcionalmente, o afastamento por completo do princípio da livre concorrência, sob a alegação de que o futuro concessionário terá obrigações de universalização do serviço. Deve-se, por meio da proporcionalidade, determinar o *quantum* de concorrência que essa estrutura prestacional admite, de maneira que, ainda que o serviço deva ser prestado em regime de exclusividade, seria imprescindível a aplicação dos princípios concorrenciais quando da formatação do certame e do contrato de concessão, adotando-se, inclusive, sempre que possível, a assimetria regulatória pró-concorrencial, deixando fora da exclusividade atividades correlatas que possam ser exploradas em concorrência sem prejudicar as obrigações especiais de serviço público.

Sobre a interface entre o direito geral da concorrência e as regulações setoriais, CARLOS ARI SUNDFELD “não exclui que em situações verdadeiramente excepcionais, o valor da concorrência possa ser sacrificado. Mas esse sacrifício deve ser pontual, limitado temporalmente e, entre as soluções propostas, a escolha deve recair sobre aquela menos gravosa para a concorrência”.³⁰

Como síntese, podemos afirmar que a competência para delinear os contornos dos setores regulados e definir as suas normas gerais, inclusive mediante editais e contratos de concessão, é do regulador setorial, não podendo o CADE subverter ou inviabilizar a pauta regulatória. Em se tratando de segmento regulado, especialmente serviço público, a atuação do CADE deve ser excepcional e pontual, para reprimir eventual abuso do poder econômico, respeitado sempre o arcabouço regulatório setorial e as opções políticas legitimamente tomadas que, eventualmente, restrinjam ou até mesmo excluam a concorrência, desde que razoável e proporcionalmente em razão de algum outro valor.

Será na franja de atividades submetidas à concorrência deixada pelo regulador setorial que, nesses setores, o CADE terá o seu âmbito de atuação por excelência. Em outras palavras, desde que atendido o princípio constitucional da proporcionalidade, *cabe à regulação setorial definir o espaço*

³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Concorrência e regulação no sistema financeiro. In: *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 35.

de concorrência existente no setor (por exemplo, em quais atividades dele integrantes há liberdade de entrada no mercado, e quais delas estão sujeitas a concessão com direito de exclusividade), e será, se observada a proporcionalidade, *apenas dentro desse espaço que o direito antitruste e as autoridades encarregadas da sua aplicação atuarão.*

De qualquer maneira, ainda quando se considere que a regra setorial violou o direito da concorrência, aplicável em todas as esferas federativas, o seu *enforcement* será mais efetivo por meio de mecanismos processuais civis do que por atos administrativos do CADE, cuja própria jurisprudência tem reconhecido que nesses casos, ainda mais em se tratando de serviço público estadual ou municipal, não tem poder de anulação direta do ato considerado lesivo à concorrência, podendo apenas solicitar ao órgão regulador, ao Ministério Público, ao Judiciário ou ao próprio Poder Concedente a adoção das providências necessárias à preservação da competição. Do contrário, basta imaginarmos quão desvirtuador do princípio federativo, da hierarquia das fontes do direito, dos princípios de harmonia da organização administrativa e da independência das agências reguladoras seria se o CADE pudesse, ainda que em uma correta aplicação do direito da concorrência, suspender uma licitação, anular uma Resolução da ANATEL ou declarar a nulidade de uma lei estadual que sem razoabilidade restringisse a concorrência.

O ideal, contudo, é que a autoridade antitruste, seja em relação à regulação *stricto sensu* ou às licitações, não exerça apenas um papel repressivo, na análise de infrações já consumadas, mas também preventivo, participando da formulação das políticas para os setores regulados.

