

A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E A INTERFACE ENTRE REGULAÇÃO SETORIAL E ANTITRUSTE NO DIREITO BRASILEIRO

*Clèmerson Merlin Clève**
*Melina Breckenfeld Reck***

I. Introdução

Nos últimos anos e, principalmente, diante dos recentes episódios de crise envolvendo a economia dos Estados Unidos e, assim, a economia mundial, não têm sido raras as demonstrações de intensa preocupação com os temas do desenvolvimento e da regulação.

Aliás, o discurso atualmente mais freqüente entre os economistas é o de que a grave crise econômica (superior à do final da década de 30¹) justifica a necessidade e a conveniência de intervenção estatal e, portanto, de instituições estatais eficientes que regulem as atividades econômicas, buscando conciliar, por exemplo: estabilidade dos mercados, segurança jurídica (notadamente mediante o respeito às regras e aos contratos) e proteção e defesa de direitos dos cidadãos.

* Professor Titular de Direito Constitucional da UFPr e da UniBrasil, advogado militante e parecerista, sócio-fundador do escritório Clèmerson Merlin Clève Adv. Ass.

** Professora de Direito Econômico da UniBrasil, Mestre em Direito do Estado pela UFPr, advogada militante, sócia do escritório Clèmerson Merlin Clève Adv. Ass.

¹ Convém lembrar que o keynesianismo nos países centrais foi também uma resposta ao ambiente internacional catastrófico e aos desafios causados pela Grande Depressão dos anos 30.

Diante da conjuntura delineada, mostra-se útil tecer algumas considerações a propósito da interface entre regulação setorial e antitruste no direito brasileiro.

II. Reforma do Estado brasileiro e ênfase na intervenção estatal indireta

Na década de 90² houve, no Brasil, tal como em outros países, uma redefinição do modelo de intervenção estatal com o aprofundamento dos mecanismos de intervenção indireta, tendo sido apresentadas, no bojo das emendas constitucionais que se fizeram necessárias, justificativas³ relativas (i) à tese da incapacidade financeira do Estado (esgotamento do padrão de financiamento do setor público) para intervir diretamente no domínio econômico e (ii) à necessidade seja de robustecimento de suas atividades regu-

² A propósito, Luís Roberto Barroso assevera: “Após a Constituição de 1988 e, sobretudo, ao longo da década de 90, o tamanho e o papel do Estado passaram para o centro do debate institucional. E a verdade é que o intervencionismo estatal não resistiu à onda mundial de esvaziamento do modelo no qual o Poder Público e as entidades por ele controladas atuavam como protagonistas do processo econômico. O modelo dos últimos vinte e cinco anos se exauria. O Estado brasileiro chegou ao fim do século XX grande, ineficiente, com bolsões endêmicos de corrupção e sem conseguir vencer a luta contra a pobreza. Um Estado da direita, do atraso social, da concentração de renda. Um estado que tomava dinheiro emprestado no exterior para emprestar internamente, a juros baixos, para a burguesia industrial e financeira brasileira. Esse estado, portanto, que a classe dominante brasileira agora abandona e do qual quer se livrar foi aquele que a serviu durante toda a sua existência. Parece, então, equivocada a suposição de que a defesa desse estado perverso, injusto e que não conseguiu elevar o patamar social no Brasil seja uma opção avançada, progressista, e que o alinhamento com o discurso por sua desconstrução seja a postura reacionária. A privatização de serviços e atividades empresariais, por paradoxal que possa parecer, foi, em muitos domínios, a alternativa possível de publicização de um estado apropriado privadamente, embora, é verdade, o modelo escolhido não tenha sido o da democratização do capital. Ao fim desse exercício de desconstrução, será preciso então repensar qual o projeto de país que se pretende concretizar sobre as ruínas de um Estado que, infelizmente, não cumpriu adequadamente o seu papel” (BARROSO, Luís Roberto. Introdução ao livro *Direito regulatório*, de MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 22).

³ Desde logo, cumpre ressaltar que a apreciação quanto à procedência ou não desses argumentos e quanto às discussões teóricas existentes nessa seara não será realizada no presente ensaio, eis que ultrapassa o seu objeto.

ladora, fiscalizadora e fomentadora, seja de desmonte do Estado prestador e produtor (agente econômico).

Entretanto, tais assertivas não elidem nem mitigam o papel necessário e indispensável do Estado como instrumento de efetivação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, bem como tal redefinição ensejou mera redução da intervenção direta do Estado no domínio econômico, mas não seu desaparecimento.

Com efeito, ainda que tenha sido mitigada a atuação estatal como provedor de bem ou serviço, isto é, como agente econômico, o Estado não só pode como deve exercitar integralmente a intervenção indireta por meio da regulação jurídica e do fomento, inclusive porque a Carta de 1988 rejeita o absentismo estatal, isto é, o Estado Brasileiro não pode manter-se inerte diante das demandas econômico-sociais e dos desafios impostos pela soberania nacional. Afinal, a compressão da intervenção estatal direta no domínio econômico não implica a adoção do modelo do Estado *Gendarme*, significando antes mudança na prioridade e ênfase interventiva, da passagem do Estado empresário para a ampliação do papel estatal na regulação e fiscalização das atividades econômicas *lato sensu*.

A propósito, ponderam Vital Moreira e Maria Manuel Leitão Marques:

“O regresso, nas duas últimas décadas, ao paradigma da economia de mercado, depois de uma longa fase de forte regulação e intervenção estatal directa na economia, significa desde logo a revalorização da economia privada, da concorrência e do mercado. As palavras-chave são privatização, liberalização, desregulação. Mas seria errôneo pensar que a privatização e liberalização do sector público se traduz necessariamente num processo de desregulação e devolução pura e simples para as leis do mercado. Longe disso. A desintervenção económica do Estado não quer significar o regresso ao ‘laissez-faire’ e ao antigo capitalismo liberal. Pelo contrário: o abandono da actividade empresarial do Estado e o fim dos exclusivos públicos provocou em geral um reforço da actividade regulatória do Estado”.⁴

Marçal Justen Filho, por seu turno, assevera:

“No modelo desenvolvido ao longo dos últimos trinta anos, a atuação e a intervenção estatal diretas foram reduzidas sensivelmente. A contrapar-

⁴ MOREIRA, Vital; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *A mão visível: mercado e regulação*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 13.

tida da redução da intervenção estatal consiste no predomínio de funções regulatórias. Postula-se que o Estado deveria não mais atuar como agente econômico, mas sim como árbitro das atividades privadas. Não significa negar a responsabilidade estatal na promoção do bem-estar, mas alterar os instrumentos para realização dessas tarefas. Ou seja, o ideário do Estado de Bem-Estar permanece vigente, integrado irreversivelmente na civilização ocidental. As novas concepções acentuam a impossibilidade de realização desses valores fundamentais através da atuação preponderante (senão isolada) dos organismos públicos”.⁵

Nessa seara, não se olvide a confluência dos arts. 170, 173, 174 e 175⁶ da Constituição Federal no que concerne à atuação estatal sobre e no domínio econômico, bem como o equilíbrio compromissório⁷ que a Carta Magna estabelece na tutela das atividades econômicas *lato sensu* (serviços públicos e atividades econômicas *stricto sensu*).

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 21.

⁶ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede no País. Parágrafo único: É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”; “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...) § 4.º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”; “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativa para o setor privado”; “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000, p. 225.

Aliás, nesse particular, o escopo primordial da regulação estatal (intervenção indireta nas atividades econômicas *lato sensu*) e, inclusive, da criação das agências reguladoras em razão, por exemplo, de privatizações, reside no compromisso de não somente conciliar a lógica privada do lucro com a adequada prestação de serviços públicos e com os princípios que integram a ordem econômica constitucional, mas também de erigir mecanismos que propiciem a universalização de tais serviços (evitando-se que a oferta concentre-se nos segmentos mais atrativos da demanda) e a concretização desses princípios.

II.1. Setores estratégicos de infra-estrutura, transferência da prestação de atividades econômicas para a iniciativa privada e a criação das agências reguladoras

Não se pode ignorar que, no Brasil, a disciplina jurídica dos setores de infra-estrutura é fruto da experiência histórica da sociedade brasileira. Nesse sentido, a matéria sempre oscilou entre a participação da iniciativa privada e a forte presença do poder público na construção e operação desses setores.

Por se tratar de setores estratégicos ao desenvolvimento e soberania nacionais, a Carta Magna pretende, ao erigir tais atividades, em regra, como serviço público, uma regulação apropriada, específica, intensa e apartada da regra de liberdade inerente às relações econômicas privadas.

Não bastasse isso, sabe-se que é imperioso, ao Estado brasileiro, solucionar os chamados gargalos de infra-estrutura em setores estratégicos (ferrovias, rodovias, energia elétrica, saneamento, portos etc.).

Deveras, diante desse quadro e das vicissitudes sociais e econômicas brasileiras, a intervenção regulatória (indireta) do Estado no domínio econômico deve promover o equilíbrio entre os interesses privados e públicos.

De outra parte, as especificidades de determinados segmentos econômicos estratégicos implicam o caráter inevitável da intervenção estatal setorial. Isso sucede porque, diante de tipicidades de monopólio naturais e legais, não se prescinde da intervenção estatal mediante a aplicação dos mecanismos previstos no capítulo da ordem econômica constitucional (art. 170 e seguintes), almejando à consecução do desenvolvimento dessas infra-estruturas.

Como se vê, a importância estratégica de tais setores, seja em termos de desenvolvimento, seja em termos de soberania do Estado brasilei-

ro, impõe que as atividades econômicas neles desenvolvidas sujeitem-se à forte presença do Estado, motivo pelo qual os setores estratégicos sempre estiveram e estarão submetidos à intervenção estatal, cujo foco variará não só conforme as vicissitudes políticas, econômicas e sociais de determinado momento histórico, mas também, notadamente, conforme o tratamento que lhes é conferido pelo ordenamento jurídico.

Pois bem, na redefinição do modelo interventivo do Estado brasileiro e diante da escassez dos recursos públicos, operou-se (i) a delegação da prestação de ampla gama de serviços públicos para a iniciativa privada, conservando-se, porém, a titularidade e responsabilidade estatal sobre tais serviços e sobre sua prestação adequada; (ii) a transformação de alguns serviços públicos em atividades econômicas *stricto sensu*, mediante, por exemplo, a desagregação vertical de setores organizados em monopólio natural (*unbundling*),⁸ por meio da qual são dissociadas, em um determinado setor, as atividades potencialmente competitivas das não-competitivas; (iii) a criação das agências reguladoras.

Como registra Luís Roberto Barroso, a privatização “trouxe drástica transformação no papel do Estado: em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a ser as de planejamento, regulação e fiscalização. É nesse contexto histórico que surgem, como personagens fundamentais, as agências reguladoras”.⁹

Não obstante a origem das agências reguladoras no Brasil estar muito vinculada ao fato de que a execução dos serviços públicos foi transferida à iniciativa privada, tais autarquias especiais, dotadas de prerrogativas próprias e caracterizadas por sua autonomia em relação ao Poder Público, não têm sua atuação restringida aos serviços públicos, sendo também relevantes no âmbito das atividades econômicas *stricto sensu*, consoante, aliás, o previsto no art. 174 da Constituição da República.

O regime especial autárquico conferido às agências reguladoras brasileiras, com, de um lado, estabilidade e mandato assegurados aos seus dirigentes e, de outro, a previsão de um regime de incompatibilidade e da quarentena, visa a impedir ingerências indevidas do Poder Executivo, injunções político-partidárias e, também, *lobbies* dos grandes grupos empresariais,

⁸ A propósito, conferir: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 435 e ss.

⁹ BARROSO, op. cit., p. 31.

bem como a preservar a natureza técnica das funções executivo-administrativas, normativas e decisórias desempenhadas pelas agências reguladoras.

II.2. Escopos da atividade regulatória

Antes de tratar dos escopos, cumpre analisar a natureza polissêmica do termo regulação e, então, definir o que se pretende dizer ao se utilizar a expressão Estado Regulador.

Como se sabe, na seara jurídica, a utilização de expressões deve ser permeada de muita parcimônia, mormente quando o intento é explicar um conceito ou instituto jurídico. No que se refere ao termo regulação, essa cautela inclusive deve ser redobrada, eis que se constata que ele vem sendo utilizado, hodiernamente, de forma generalizada seja por profissionais de outras ciências (economia, administração, jornalismo etc.), seja pelos cidadãos e representantes políticos em geral.

Embora se trate de expressão amplamente conhecida, não se pode dizer que possua um sentido unívoco, bem pelo contrário há uma ampla gama de significados e nem sempre a expressão é utilizada com o mesmo sentido, razão pela qual, no presente ensaio, faz-se oportuno estabelecer um acordo semântico, isto é, definir qual o significado que se adota na utilização do termo.

Neste ponto, cumpre ressaltar que, por força do contido no art. 174 da Constituição Federal, não se pode definir regulação como o mero estabelecimento de regras jurídicas,¹⁰ visto que, com esse significado, não se estaria

¹⁰ A propósito, Floriano Azevedo Marques Neto assevera: “Cumprer separar a atividade regulatória da atividade regulamentar. O baralhamento entre os dois conceitos leva alguns doutrinadores a reduzir a atividade de regulação estatal ao seu caráter meramente normativo. Esta mesma confusão está também na base de posições doutrinárias que procuram identificar o processo de reforma regulatória (e o crescimento dos mecanismos de nova regulação estatal) com processos de desregulamentação ou de desregulação. A atividade de regulação estatal envolve – dentro das balizas acima divisadas – funções muito mais amplas que a função regulamentar (consistente em disciplinar uma atividade mediante a emissão de comandos normativos, de caráter geral, ainda que com abrangência meramente setorial). A regulação estatal envolve, como veremos adiante mais amiúde, atividades coercitivas, adjudicatórias, de coordenação e organização, funções de fiscalização, sancionatórias, de conciliação (composição e arbitragem de interesses), bem como o exercício de poderes coercitivos e funções de subsidiar e recomendar a adoção de medidas de ordem geral pelo poder central. Sem essa completude de funções

retratando todo o contexto que permeia hodiernamente a atividade regulatória do Estado, inclusive em razão do surgimento das agências reguladoras. Isto é, há que se partir da premissa de que a expressão regulação, atualmente, cinge-se a fenômeno recente que se espalhou internacionalmente baseado na criação das chamadas autoridades independentes (chamadas no Brasil de agências reguladoras) e na implantação de um novo modelo de Estado oriundo de processos de privatização e liberalização da economia mediante a relativização de monopólios estatais.

Como se vê, a compreensão do termo regulação encontra-se vinculada ao significado que se atribui, também em tempos atuais, à expressão Estado Regulador, a qual, diga-se de passagem, igualmente, não se resume ao sentido de o Estado ter a prerrogativa de estabelecer normas jurídicas, afinal, se o significado abrangesse apenas esse aspecto, ter-se-ia sempre o Estado como “regulador”.

Partindo-se da premissa de que o significado dos termos regulação e Estado Regulador decorre da estreita relação entre ambos, no presente estudo, ao utilizá-los, almeja-se referir ao atual modelo estatal, em que são, consideravelmente, estabelecidas regras jurídicas no processo de abertura econômica e no qual se forja um novo modelo de intervenção estatal na economia mediante a redução da atuação empresarial do Estado. Ressalve-se, no entanto, que não se trata de modelo estatal padronizado, e sim dinâmico e mutante conforme as vicissitudes históricas, culturais, econômicas e sociais. Afinal, segundo Marçal Justen Filho, “fala-se muito mais de um ‘modelo regulador’ de Estado para indicar uma situação variável, que se concretiza de

não estaremos diante do exercício de função regulatória (p. 37-38). Porém, não fosse essa plêiade de atividades intrínseca à função de regulação, a sua distinção da atividade meramente normativa e regulamentar, entre nós, já estaria patente do próprio texto constitucional. Com efeito, o artigo 174 da CF imputa ao Estado o papel de ‘agente normativo e regulador da atividade econômica’ (a qual, nos parece, é aqui utilizada no sentido amplo, compreendendo tanto as atividades econômicas em sentido estrito como aquelas consideradas serviços públicos). Ora, se o Constituinte se arvorou no dever de distinguir os dois papéis do Estado em face da ordem econômica, separando a atividade regulamentar (normativa) da atividade regulatória (esta última compreendendo o detalhamento dos aspectos de fiscalização, incentivo e planejamento), é certo que, para a ordem constitucional brasileira, regular não é sinônimo de regulamentar” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes – fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 37-38).

diversos modos. A propósito do Estado, poderiam ser aplicadas as palavras de Eros Grau, no sentido de que ‘A cada sociedade corresponde *um direito*, integrado por determinadas regras e determinados princípios’. Não obstante podemos, no plano abstrato, falar de certos *modelos de direito*’.¹¹

Saliente-se, outrossim, que, para Calixto Salomão Filho,¹² o emprego do termo não se resume à regulação dos serviços públicos, englobando “toda a forma de *organização da atividade econômica* através do Estado, seja a *intervenção* através da concessão de serviço público ou o exercício do *poder de polícia*”, vez que “no campo econômico, a utilização do conceito de *regulação* é a correspondência necessária de dois fenômenos. Em primeiro lugar, a redução da intervenção direta do Estado na economia, e em segundo o crescimento do movimento de concentração econômica”.

Em suma, no presente texto, a utilização da expressão Estado Regulador implica a aceitação de que, nessa nova arquitetura de Estado, houve a modificação não dos fins, mas sim dos mecanismos por meio dos quais o Poder Público intervém nas atividades econômicas para alcançar os fins almejados pelo Estado Democrático de Direito.¹³ Isto é, “a regulação incorpora a concepção da *subsidiariedade*. Isso importa reconhecer os princípios gerais da livre-iniciativa e da livre empresa, reservando-se ao Estado o instrumento da regulação como meio de orientar a atuação dos particulares à realização de valores fundamentais”.¹⁴

Pois bem, a respeito desse desenho regulatório, podem ser elencados alguns escopos: (i) liberalização de atividades até então monopolizadas pelo Estado, para viabilizar ampla disputa pelos particulares em regime de mercado; (ii) predomínio da competência regulatória: permanece o Estado

¹¹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 24-25.

¹² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica – princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 14.

¹³ Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão ressalta não ter havido “uma mudança nos objetivos – a maioria deles de sede constitucional – destas atividades, mas sim nos meios delas os alcançarem: de uma titularidade estatal exclusiva e unicidade de prestador sob uma intensa regulação, para uma pluralidade de prestadores insujeitos à regulação estatal em uma sria de importantes aspectos de suas atividades” (ARAGÃO, Alexandre. *Serviços públicos e concorrência*, *Revista de Direito Público da Economia* n. 2, Belo Horizonte: Fórum, abr./maio/jun. de 2003, p. 54-124, p. 63).

¹⁴ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 21.

presente no domínio econômico, não como agente econômico, mas sim valendo-se do instrumento normativo e de suas competências políticas para induzir os particulares à realização dos fins necessários ao bem comum; (iii) a atuação regulatória propugnada admite a possibilidade de intervenção destinada a propiciar a realização de certos valores políticos e sociais, sendo que a relevância dos interesses coletivos envolvidos (serviços públicos, por exemplo) impede a prevalência da pura e simples busca do lucro; (iv) instituição de mecanismos de disciplina permanente e dinâmica em relação à atividade econômica privada; (v) intervenção para criar condições de concorrência, inclusive, quando possível, no âmbito dos serviços públicos, vez que esta, quando devidamente monitorada pelo Estado, substancia importante instrumento para atingir a justiça social, plasmada constitucionalmente com a consagração dos direitos fundamentais, não representando, assim, um fim em si mesmo.

Tais escopos encontram-se atrelados aos principais motivos do advento desse novo modelo de intervenção estatal, dentre eles: (i) a insuficiência do Estado de Providência na atuação direta na economia (como promotor, gestor e planejador) decorrente inclusive do fato de o Estado não possuir todas as informações relevantes e necessárias para dirigir a economia; (ii) o sofisma do mercado livre, isto é, o reconhecimento de que a mão invisível de Adam Smith não dispensa a necessidade de o Estado intervir para garantir a concorrência entre os agentes, notadamente em razão de existência das chamadas *falhas de mercado* (ex.: externalidades negativas, assimetrias de informação, monopólios naturais etc.); (iii) a necessidade de proteção aos consumidores, identificados como o lado hipossuficiente nas relações econômicas mantidas com produtores e distribuidores; (iv) necessidade de assegurar as obrigações de serviço público.

Como se vê, é inafastável a necessidade de o Estado intervir por meio da atividade regulatória nas atividades econômicas.

III. Relação entre regulação estatal setorial e antitruste

No presente texto a opção pela utilização da expressão antitruste, no lugar de concorrência, decorre do fato de que a última não constitui um fim em si mesma encontrando-se atrelada aos demais princípios e fins plasmados

na ordem econômica constitucional.¹⁵ Perfilha-se, portanto, o entendimento adotado por Paula Forgioni quando assevera que o antitruste é “técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência”,¹⁶ afinal “o antitruste já não pode ser visto apenas como um arranjo inteligente de normas destinado a evitar ou neutralizar os efeitos autodestrutíveis, criados pelo próprio mercado, mas, ao contrário, deve ser encarado como um instrumento de implementação de políticas públicas”.¹⁷

No bojo da reforma do Estado brasileiro, uma das medidas adotadas foi o fim de monopólios públicos e a abertura de campo para a iniciativa privada, sob o argumento de que a concorrência configuraria um mecanismo eficiente¹⁸ na obtenção de satisfatório desenvolvimento econômico, pois proporcionaria ganhos de qualidade significativos e menores preços para o consumidor, inclusive oferecendo-lhe possibilidades de escolha.

Entretanto, não se pode aceitar que o fim de monopólios públicos enseje a criação de monopólios privados, tampouco a possibilidade de exercício abusivo de poder econômico, daí por que, nesse novo modelo, não se cogita que a concorrência seja suficiente e que, assim, possa dispensar a atuação regulatória do Estado. Ao revés, resulta evidente, nesse processo, a

¹⁵ “O direito da concorrência no Brasil – seja no aspecto de seu texto normativo, seja no de sua efetiva aplicação – é determinado pelos princípios jurídicos conformadores da ordem econômica constitucional. Observe-se, assim, que a ordem econômica constitucional não é estabelecida apenas pelas regras dispostas no Título VII da Constituição, pois diversas disposições tratadas em outros títulos referem-se a essa ordem. Essas regras em conjunto é que devem ser interpretadas e aplicadas como um todo para a concreção das normas constitucionais. (...) Ressalvando-se que as questões concretas podem suscitar a consideração de outros princípios no momento da aplicação da lei antitruste, pode-se enumerar os mais relevantes à matéria, dentro do enfoque deste trabalho: livre-iniciativa, livre concorrência, repressão ao abuso do poder econômico; e bem-estar do consumidor” (NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica – o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 232-234).

¹⁶ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 23-24.

¹⁷ Idem, p. 24.

¹⁸ Conferir sobre o assunto: SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal: introdução às agências reguladoras, in: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 35.

estreita e necessária relação, inclusive com certa dependência, entre a regulação setorial e o antitruste.

A propósito, enfatizam Gaspar Ariño Ortiz e Lucía Lopez de Castro García-Morato:

“A abertura à concorrência não consistiu unicamente em um processo ‘liberalizador’ (eliminação de barreiras de entrada ao exercício da atividade). Pelo contrário, nestes setores, a privatização e a liberalização foram acompanhadas de um novo modelo de regulação para a concorrência, pois dadas as características de monopólio natural, presente em alguma fase de sua atividade, e as tendências colusivas de muitos desses setores, a privatização e a teórica liberalização poderiam posteriormente desembocar em um monopólio privado, tão ineficiente ou mais que o serviço público monopolizado de titularidade estatal.”¹⁹

Vital Moreira e Maria Leitão Marques, por seu turno, registram que “ao contrário da economia baseada na intervenção econômica do Estado e nos serviços públicos directamente assegurados pelos poderes públicos, a nova economia de mercado, baseada na iniciativa privada e na concorrência, depende essencialmente da regulação pública não somente para assegurar o funcionamento do próprio mercado mas também para fazer valer os interesses públicos e sociais relevantes que só por si o mercado não garante”.²⁰

Nesse aspecto, Tércio Sampaio Ferraz Júnior,²¹ após ponderar que livre-iniciativa nem sempre se traduz em livre concorrência (e vice-versa), também considera necessária a presença do “Estado regulador e fiscalizador, capaz de regular o livre mercado para fomentar a competitividade enquanto fator relevante na formação de preços, do dinamismo tecnológico, do uso adequado de economia de escala etc., impedindo, assim, que a competitividade, num mercado livre que a desvirtua, se torne instrumento de restrição estratégica à livre-iniciativa dos concorrentes”.

¹⁹ ORTIZ, Gaspar Ariño; GARCÍA-MORATO, Lucía Lopez de Castro. *Derecho de la competencia en sectores regulados: fusiones y adquisiciones – control de empresas y poder político*. Granada: Comares, 2001, p. 5-6 (tradução livre).

²⁰ MOREIRA, Vital e LEITÃO, Maria, op. cit., p. 15.

²¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Abuso de Poder Econômico por prática de licitude duvidosa amparada judicialmente, *Revista de Direito Público da Economia* n. 1, Belo Horizonte: Fórum, jan./fev./mar. de 2003, p. 215-225, p. 216.

Não se tergiversa, portanto, a respeito do necessário vínculo entre a regulação estatal e o antitruste, mesmo porque o Estado não pode ausentar-se, devendo antes intervir nas atividades econômicas visando, dentre outros objetivos, a propiciar um regime concorrencial possível.²²

Deveras, a introdução da concorrência, em setores de infra-estrutura essencial antes monopolizado, embora seja um dos cerne da reforma realizada no Estado brasileiro, não tem o condão de afastar a ação estatal intensiva, mesmo porque a mera existência de concorrência não implica que o ambiente econômico resulte completamente livre de quaisquer restrições estatais. Em suma, ainda que algumas regras sejam eliminadas, outras são adotadas inclusive com o intuito de promover a reestruturação setorial.

Nesse aspecto, Diogo Rosenthal Coutinho,²³ ao ponderar que as regras de universalização inerentes aos serviços públicos necessitam de um mecanismo regulatório próprio e independente da lógica da concorrência, salienta:

“O estímulo à concorrência, ainda que bem-sucedido, não é suficiente para garantir a universalização. É mais fácil imaginar que um regime concorrencial leve à rivalidade de firmas na utilização da infra-estrutura já *construída* do que a uma rivalidade na *expansão* da rede (exceto se a expansão se justificar em razão de interesse comercial concreto na área a ser alcançada). Da mesma forma, não se verifica que a rivalidade incipiente entre firmas brasileiras prestadoras de serviço público chegue a um grau de acirramento tal que a oferta de serviços mais baratos para as classes pobres desponte como um elemento diferenciador para o consumidor consciente. Em outras palavras, a concorrência, altamente benéfica para o consumidor já incluído do mercado, não é capaz de, por si só, incluir cidadãos alijados do acesso às

²² Marie-Anne Frison-Roche ressalta que “quando a liberalização dos setores coincide com a criação de regulações, esta é a consequência da constatação de que não basta declarar a concorrência, é preciso construí-la. Disso decorre uma regulação dita ‘assimétrica’, ou seja, que visa abertamente a enfraquecer o poder de mercado do operador histórico, freqüentemente público, para tornar o setor atrativo a novos operadores. O acesso ao setor é então considerado como uma espécie de porta aberta, a regulação funcionando então temporariamente como o degrau de acesso à concorrência” (Os novos campos da regulação, *Revista de Direito Público da Economia* n. 10, Belo Horizonte: Fórum, abr./maio/jun. de 2005, p. 199).

²³ COUTINHO, Diogo Rosenthal. Privatização, regulação e o desafio da universalização do serviço público no Brasil, in: *Regulação, direito e democracia*, São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 78.

redes, nem tampouco atingiu um grau de sofisticação tal que a diferenciação de produtos se dê por meio da avaliação do nível de comprometimento social da empresa prestadora do serviço. Fato é que a concorrência e a universalização seguem lógicas muito distintas, que não podem ser substituídas e, em algumas situações, se contrapõem. Empresas privadas não investem em universalização a não ser (a) quando esta apresenta perspectivas concretas – e excepcionais de rentabilidade futura que justifique inversões ou (b) quando são *obrigadas a isso* pelas regras de regulação que tenham, entre seus escopos, objetivos redistributivos”.²⁴

De outro lado, convém lembrar que a atuação regulatória do Estado não se restringe às atividades econômicas que substanciam serviços públicos, inclusive a própria criação de agências reguladoras voltadas às atividades econômicas *stricto sensu* demonstra que o reposicionamento do Estado em face da economia não se deu apenas no âmbito dos serviços públicos. Logo, ao lado da constatação da importância da introdução da concorrência no âmbito desses serviços, é relevante destacar que, na seara das atividades inerentes ao setor privado, também está presente a regulação estatal setorial.

Desse modo, seja no âmbito dos serviços públicos, seja no âmbito das atividades econômicas *stricto sensu*, constata-se que a regulação setorial e o antitruste encontram-se atrelados.

IV. Autoridade antitruste (CADE) e competências regulatórias setoriais

Na medida em que se verifica, de um lado, que a atuação regulatória do Estado brasileiro abrange as duas espécies de atividade econômica *lato sensu* e, de outro, que se introduziu o princípio da concorrência no âmbito dos serviços públicos, resulta interessante, no presente texto, analisar alguns aspectos da interface entre a autoridade antitruste brasileira (isto é, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e as competências regulatórias setoriais, ressaltando-se, desde logo, que um dos aspectos desse processo de interação envolve (i) a articulação de competências entre o CADE e os entes estatais reguladores, bem como (ii) a definição de uma nova pos-

²⁴ Idem, p. 83-84.

tura do próprio CADE – criado em 1962, pela Lei 4.137/62, e atualmente regido pela Lei 8.884/94 – diante desse novo modelo estatal.

Ainda que a possibilidade de aplicação do princípio da concorrência nos setores regulados não se dê de idêntico modo nos setores não regulados, afinal aqueles setores possuem imperfeições estruturais que legitimam a própria regulação, cumpre descartar, desde logo, que, em razão do disposto nos arts. 170 e 173, parágrafo 4.º, da Constituição da República, qualquer tentativa de afastar integralmente a aplicação do antitruste.²⁵

Nessa seara, a articulação de competências em matéria de controle de estruturas e condutas substancia elemento basilar da identificação dos limites entre a esfera regulatória setorial e o antitruste, eis que, ao menos, delimita o âmbito de atuação de cada uma em matéria de prevenção e repressão das infrações à ordem econômica.

A propósito da articulação entre a atividade de controle antitruste e de regulação setorial, convém, desde logo, dizer que ela é complexa, sendo que, em estudo de direito comparado, Calixto Salomão Filho²⁶ salienta que, nos EUA, desenvolveram-se duas correntes jurisprudenciais: a teoria da ação política (*state action doctrine*) e a teoria do poder amplo (*pervasive power*).

A teoria da ação política incide sobre situações, freqüentes nos EUA e raras no sistema federativo brasileiro, em que há convergência entre competências regulatórias setoriais pertencentes aos estados federados e a competência de controle antitruste atribuída à União. Nela são estabelecidos dois critérios para determinar se a regulamentação estadual confere imunidade à aplicação do direito antitruste, quais sejam: (i) “é necessário que a decisão seja tomada ou que a regulamentação seja expedida em consequência de uma política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação. Não basta, portanto, que a lei dê poderes para determinação das variáveis empresariais básicas (preço e quantidade produzida). É necessário que ela claramente expresse a intenção de substi-

²⁵ Conferir, nesse sentido, as considerações de Calixto Salomão Filho na obra *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 136-139.

²⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. In: CAMPILONGO, Celso; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 130.

tuir a competição pela regulamentação”;²⁷ (ii) “é necessário ainda que haja supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação”.²⁸

²⁷ Idem, p. 136-137.

²⁸ Idem, p. 137. Calixto Salomão registra, em nota de rodapé, que “estes dois requisitos, desenvolvidos pela *Supreme Court* no caso *Midcal*, foram aplicados em várias decisões posteriores. Assim, em ‘*Hinshaw v. Beatrice Foods, Inc.*’, 1980-81 Trade Cas. (CCH), 63.584 (*D. Mont.* 1980), foi reconhecida a imunidade às leis antitruste por existir uma regulação completa do preço do leite no Estado de Montana. Em ‘*Southern Motor Rate Conference, Inc. v. United States*’, 471 *US* 48 (1985), a Suprema Corte decidiu que o conceito de ‘política claramente expressa e definida’, estabelecido em *Midcal*, era aplicável a políticas estatais que meramente permitiam, mas não obrigavam. Por isso decidiu-se pela imunidade antitruste de quatro empresas de transporte, por estarem autorizadas a concordar com *joint rate proposals*, antes de submetê-las ao órgão regulador. A *Supreme Court* alegou também que havia uma supervisão ativa, pois o Estado avaliava as tarifas de transportadoras. Presentes os dois requisitos não havia ilícito antitruste. Já o requerimento da supervisão ativa por parte do órgão governamental foi posteriormente desenvolvido em ‘*324 Liquor v. Duffy*’, 479 *US* 335 (1987), onde o Estado de New York obrigava os vendedores de bebidas alcoólicas a vender seus produtos no mínimo pelo preço sugerido pelos atacadistas mais 12%. Tal prática suprimia a competição e foi condenada pela *Supreme Court* por não rever os preços estabelecidos pelos atacadistas, simplesmente permitindo que eles o fixassem a seu alvedrio. Uma decisão da Suprema Corte Americana essencial para o pleno entendimento desta matéria é a de ‘*Patrick v. Burget*’, 486 *US* 94, 100-01 (1988). Neste caso, um médico alegou que um grupo de médicos rivais estava violando o *Sherman Act* por manipular o processo *peer review* de modo a não conceder a ele privilégios no único hospital da cidade de Astoria, Oregon. A Suprema Corte decidiu que não havia imunidade antitruste baseada na ação do Estado (como havia sido alegado pela *Court of Appeals*), pois nenhuma agência estatal tinha poder para revisar as decisões do *peer review* e suspender uma decisão que pudesse ser contrária à política fixada pelo Estado. Assim, a jurisprudência norte-americana vem-se posicionando no sentido de conferir imunidade antitruste para particulares, funcionário ou agências governamentais desde que haja (i) política claramente expressa e definida, além de inequívoca, do Estado na política de atos que normalmente seriam ilícitos antitruste (essa política pode ser permissiva ou obrigatória); (ii) supervisão ativa por parte do Estado das práticas resultantes desta política, para que os resultados, especialmente os resultados para a concorrência e para os consumidores, não sejam desarrazoados. Aqui, deve ser entendido que o Estado tem o poder de controlar preços, fornecimento, estoques, etc.” (idem, p. 137).

A teoria do poder amplo, por sua vez, “aplica-se na análise das competências regulamentares das agências governamentais federais americanas”,²⁹ visando a “verificar em que hipóteses a atribuição de competência a uma agência federal dotada de poderes regulamentares afasta a possibilidade de aplicação do direito antitruste”.

Nessa teoria desenvolve-se raciocínio semelhante àquele da teoria da ação política, estabelecendo dois casos em que se exclui a competência destinada à aplicação do direito antitruste, vez que em ambos “o poder conferido à agência governamental deve ser amplo o suficiente para afastar a competência de qualquer outro órgão”,³⁰ a saber: (i) “o poder do órgão é *extenso* o suficiente para afastar qualquer outra competência. Por ‘poder extenso o suficiente’ entende-se aquele poder que é conferido com o intuito de substituir o sistema concorrencial”; (ii) “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 bastante* para fazê-lo. Nessa hipótese o poder conferido à agência governamental independente já inclui a competência para aplicar a lei antitruste; não há que se pensar em controle do ato do ponto de vista concorrencial pelo órgão encarregado da aplicação do direito antitruste (FTC) ou pelas Cortes simplesmente porque aquelas regras já foram (por hipótese) levadas em consideração quando da: regulamentação ou quando da decisão aprovando determinado tipo de procedimento”.³¹

A propósito dessas duas correntes jurisprudenciais norte-americanas, cumpre dizer que não há a possibilidade de transplantá-las para o direito brasileiro: a um porque as experiências do direito comparado, em regra, não podem ser, sem maiores cuidados, meramente transplantadas para o Brasil, notadamente em razão das diferenças culturais, políticas, sociais, normativas e econômicas; a dois porque, na experiência brasileira, o adequado seria verificar de que modo a legislação aplicável trata a articulação de competências.

Pois bem, a interface entre a regulação setorial e o antitruste pode ser promovida das seguintes formas: (i) *articulação complementar*, mediante limites expressos que separam as duas competências, sendo que a separação pode ser *procedimental*, isto é, definindo-se uma etapa de atuação do

²⁹ Idem, p. 138.

³⁰ Idem, p. 138.

³¹ Idem, p. 139. Conferir, nesse sentido, “United States v. RCA”, 358 US 334 (1959).

ente regulador setorial e outra do órgão antitruste ou pode ser *operacional*, diante da qual o regulador atua no controle preventivo (art. 54 da Lei 8.884/94), enquanto o antitruste realiza o controle repressivo (arts. 20 e 21 da Lei 8.884/94); (ii) *articulação supletiva*, em que será exercida a competência antitruste quando o ente de regulação setorial não estiver atuando no sentido da defesa da concorrência; (iii) *articulação concorrente*, quando se sobrepõem as duas competências, isto é, o regulador setorial e o ente antitruste realizam concomitante e descoordenadamente suas competências; (iv) *articulação por coordenação*, quando se reserva a possibilidade de atuação a um dos reguladores, no entanto com a obrigação deste de consultar, ouvir e envolver o outro durante o exercício de suas competências. Hipótese adotada no caso da *Monopolies and Merger Commission – MMC* – da Grã-Bretanha, órgão dotado de função consultiva em matéria concorrencial, que se manifesta quando os órgãos reguladores setoriais exercem suas competências no tocante à matéria concorrencial.

Analisando as leis que, na década de 90, criaram entes reguladores independentes no Brasil, pode-se dizer que a Lei Geral de Telecomunicações (LGT) é a que melhor articula as competências em matéria de adjudicação concorrencial, pois atribui à ANATEL as tarefas que corresponderiam à Secretaria de Direito Econômico (SDE) e Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) no regime da Lei 8.884/94, aproximando-se do modelo de competências complementares proposto por Gesner Oliveira, no qual “as atribuições entre as duas autoridades não se sobrepõem. Há nítida divisão de trabalho, segundo a qual a agência regulatória cuida exclusivamente das tarefas de regulação técnica e econômica, enquanto a autoridade de defesa da concorrência aplica a lei antitruste”.

Ao passo que, quando a Lei não estabelece de maneira clara quais as funções das agências em matéria de concorrência, as competências da SDE e SEAE persistem, havendo, todavia, contribuição instrutória das agências, inclusive em razão da familiaridade e conhecimento das questões técnicas envolvidas no caso analisado. É importante salientar que, nesses setores, as concentrações sujeitam-se à prévia autorização das agências sem, todavia, eximirem-se do posterior controle realizado pelo CADE. Isto é, na autorização prévia, a análise baseia-se no arcabouço regulatório específico, enquanto, na segunda, o controle realiza-se com esteio no direito antitruste. De qualquer sorte, concentrações que não ultrapassem sequer a prévia análise realizada pela agência não precisarão ser aferidas pelo CADE, uma vez que não se concretizam no mundo fático e, assim, não ensejam a incidência do

art. 54 da Lei 8.884/94. No âmbito do controle repressivo, condutas censuradas no âmbito setorial podem não ensejar a reprimenda na esfera concorrencial e vice-versa.

A fim de ilustrar e vivenciar essa temática, colaciona-se excerto de voto do Conselheiro Celso Campilongo, proferido em caso³² em que se discutiu as competências do Banco Central e do CADE:

“Um comportamento de determinada instituição financeira, censurado pelas normas prudenciais, pode ou não também ser contrário às regras de concorrência da Lei n. 8884/94. A punição na esfera setorial não afasta a verificação de sua licitude no âmbito do antitruste. (...) Não há, nesse fato, novidade alguma, já que comportamentos ilícitos em outras searas são também analisados pelo CADE. Basta citar os casos, também apreciáveis pelo CADE, de combinação de preços ou ajuste de vantagens em concorrências públicas, de uso abusivo de direitos de propriedade industrial ou intelectual, dos ilícitos setoriais (telecomunicações, energia elétrica, etc.) e dos crimes contra ordem econômica reprimidos pela Lei 8137/90. (...) A coibição de abusos a que se refere o artigo em questão deve ser lida como tarefa de repressão das posturas das instituições financeiras contrárias ao arcabouço regulatório edificado pelo próprio BACEN. É dizer, esta autarquia cria, por meio de normas gerais e abstratas, as condições de concorrência no setor, tendo em vista os aspectos prudenciais, censurando aqueles comportamentos contrários às regras já estabelecidas. Trata-se, portanto, de um nítido controle *per se* – recorrente em setores regulamentados.”

Com efeito, não obstante as condutas nos setores regulados não se inserirem em igual âmbito punitivo das condutas econômicas em geral, na medida em que a liberdade naquelas é limitada pela regulação, não se pode cogitar que o controle pelo CADE não deva realizar-se, mesmo porque, nos setores regulados, outras finalidades convergem com a noção de concorrência, de modo que incumbirá ao CADE relativizar a aplicação do direito antitruste nesses setores mediante o sopesamento concreto entre os valores da esfera setorial e os princípios da ordem econômica, partindo da premissa da concorrência possível. Tanto é assim que o Conselheiro Campilongo, no caso referido, ponderou que aspectos peculiares do setor financeiro devem ser necessariamente sopesados pelo CADE quando da aplicação do direito da concorrência, abrindo-se válvulas de escape por meio da regra da razão, inclusive porque, em setores regulados, o valor concorrência não tem

³² Ato de Concentração 08012006762/2000-09.

aplicação tão mecânica como em setores normais da economia e também porque a adjudicação da concorrência não pode ensejar o comprometimento das metas setoriais, mas aperfeiçoá-las.

Deste modo, apesar de as leis que vêm, desde a década de 90, criando entes reguladores setoriais não terem, na sua grande maioria, estabelecido expressamente o modo pelo qual se dá a articulação com as competências do CADE, esse silêncio não permite, de um lado, concluir que as competências inerentes ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) encontram-se suprimidas, pois o CADE exerce atribuições que promovem a consagração dos princípios constitucionais contemplados no capítulo da ordem econômica. Todavia, de outro lado, essa não-supressão não legitima o CADE a invalidar ou censurar as políticas públicas estabelecidas pelos entes setoriais, isto é, o exercício das competências no SBDC realizar-se-á à luz das normas vigentes para o setor.