



DEFESA DA CONCORRÊNCIA NOS SETORES REGULADOS: LIMITES E POTENCIALIDADES DO DIREITO CONCORRENCIAL

Murilo Otávio Lubambo de Melo¹

1. Introdução

A partir do ordenamento jurídico brasileiro, este trabalho se fixa nos seguintes pontos principais: qual o âmbito de validade da Lei 8.884/94? É o direito da concorrência aplicável aos setores regulados? Haverá peculiaridades nessa aplicação? A partir de quais critérios normativos e jurisprudenciais devem se conciliar as finalidades das políticas públicas regulatórias e concorrenciais? Como adequar ao modelo brasileiro às contribuições da doutrina e jurisprudência comparada?

Na segunda parte, buscar-se-ão subsídios para contribuir com as seguintes questões: qual deve ser relação das autoridades concorrenciais com a normativa setorial? Qual o papel das autoridades antitruste na promoção da concorrência nos setores regulados? Quais os instrumentos disponíveis para fazê-lo? Quais os mecanismos de controle das normas setoriais que possibilitem práticas anticompetitivas?

2. Regulação e concorrência: excludentes ou complementares?

É atualmente difundida a relação de complementaridade entre as figuras da regulação e da concorrência. Ambas têm no conceito de eficiência econômica ponto em comum. (POSSAS, 2002). Para Marques Neto (2005, p. 71), a suposta contradição essencial entre concorrência e intervenção estatal desaparece, pois se passa a admitir a possibilidade de existir intervenção regulatória estatal em setores abertos à competição bem como aparecem modelos de regulação para a competição, voltados a introduzir a concorrência em setores antes fechados a ela.

Mercados ou setores regulados são aqueles em que não há condições econômicas, por razões históricas, estruturais ou meramente políticas, de se estabelecer regime de plena competição. A função do ente regulador é emular a concorrência. Nos mercados regulados maduros, a regulação vai cedendo

¹ Bacharel pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Bolsista CNPq em Regulação e Concorrência. Extensão (set.03-fev.04) em Derecho Comunitario e Económico pela Universidad de Salamanca - España. Aprovado para Curso de Formação ENAP para o cargo de Especialista em Políticas Públicas e Gestão (Regulação). Contato: murilo_lubambo@yahoo.com



aos poucos espaço à concorrência. Como recorda Ariño Ortíz (1999, p. 561-562), o novo sentido da regulação econômica, conforme o mercado “*tratará de ofrecer incentivos que empujen a las empresas a operar más eficientemente, obteniendo así una mayor cuota de mercado o un mayor beneficio.*”

Oliveira & Rodas (2004, p. 134) já reconhecem que praticamente todos os mercados são submetidos a alguma forma de regulação, mas a atenção maior deve ser dirigida aos mercados que estão sob regime de monopólio natural, necessitando de ação regulatória estrita. Para Nusdeo (2002, p. 162), a razão da denominação “setores regulados” está no fato de que a organização de tais setores engloba controles à entrada de agente econômicos no mercado, através dos mecanismos de concessão, permissão e autorização.

Tanto nos serviços públicos como nas atividades econômicas *strictu sensu* há alguma incidência de regulação estatal, variando tão somente a profundidade e a intensidade dessa carga regulatória (MARQUES NETO, 2003, p. 75). A regulação será sempre necessária, mas deve ser somente a imprescindível, subsidiária e complementar ao mercado. (ARIÑO ORTIZ, 1999, p. 565).

A moderna teoria da regulação, que incorpora preocupações de ordem mais geral, tende a desenvolver mecanismos que gerem a convergência do antitruste com a regulação. Dentro dessa perspectiva de complementaridade, cumpre analisar quais são as problemáticas jurídicas que se põem dentro da relação entre regulação e concorrência², mais especificamente, como se darão a interpretação e aplicação das normas da concorrência nos setores regulados.

3. Proteção jurídica da concorrência nos setores regulados

3.1. Abrangência e limites da lei

O direito da concorrência, cuja norma base é a Lei 8.884/94, derivada dos princípios constitucionais da ordem econômica, é aplicável a todos os setores da economia inclusive aos setores regulados. Os serviços públicos são espécie de atividade econômica em sentido amplo, e juntamente com o regime de exploração da propriedade pública formam o cerne dos setores regulados (GRAU, 2000, p. 140). Portanto, é legítima a aplicação dos princípios da ordem econômica a estes serviços. Nessa linha, vale citar as ponderações de Grau (2000, p. 238):

As regras da Lei 8.884/94 conferem concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propri-

² Para visão mais aprofundada e abrangente da relação jurídica entre regulação e concorrência, ver Murilo Melo (2005b).

idade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com a ideologia constitucional adotada pela Constituição de 1988. Esses princípios coexistem harmonicamente entre si, conformando-se, mutuamente, uns aos outros.

A dupla face do princípio livre competição, enquanto princípio constitucional e exteriorização do interesse público, faz com que o mesmo goze “de um escudo de supremacia, quando confrontado com outras aspirações de origem não tão altaneira.” (FERRAZ, 2003, p. 210).

Não obstante a existência de outros tipos de atividades econômicas reguladas por entes específicos, sejam agências reguladoras ou o próprio poder executivo, as maiores discussões a respeito da aplicação do direito antitruste se referem aos setores de infra-estrutura ³, por suas características específicas derivadas da transição operada a partir da década de 90.

Segundo o artigo 15 da Lei 8.884/94, tal diploma normativo se aplica 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.

As pessoas jurídicas de direito privado, foco tradicional das normas antitruste, devem ter a consciência que lhes são aplicáveis independentemente tanto as normas concorrenciais quanto as setoriais. No que se refere às pessoas jurídicas de direito público, o entendimento mais razoável do citado artigo, compartilhado por Fonseca (2001, p. 89), *data venia* ⁴, é que tal sujeição não só se refere aos entes que devem zelar pela aplicação da lei, mas principalmente aos agentes ativos da infração econômica. Logo, também as pessoas jurídicas de direito público incluindo as autarquias especiais poderiam em tese ser sujeitos ativos das infrações.

3.2. Setores regulados e direito concorrencial: espaços de atuação

Quanto à submissão de setores regulados ao sistema de proteção da

³ Energia, Telecomunicações, Petróleo e Gás, Transportes Terrestres e Aquáticos, sobre os quais atuam respectivamente a ANEEL, ANATEL, ANP, ANTT e ANTAQ. Nesses setores, “*la privatización y la liberalización se han visto acompañadas de un nuevo modelo de regulación para la competencia.*” (ARIÑO ORTÍZ, 1999, p. 560).

⁴ Para Coelho (1995, p. 41) “a referência às pessoas jurídicas de direito público não deve ser necessariamente entendida como a definição de um gênero de agente ativo de infração contra a ordem econômica, mas sim considerada no amplo universo das pessoas em relação às quais a lei se aplica, não necessariamente para submetê-las a sanções.”



concorrência, Aragão (2004, p. 294) tenta traçar algumas diretrizes gerais. Afirma que se a lei for explícita quanto à submissão, deveria ser seguida à risca. Se esta silenciar, as autoridades antitruste seriam competentes. No caso dos serviços públicos, em que há particularidades e dificuldades para implantação da competição, propõe ele que a última palavra seja da agência, já que esta teria que equilibrar os objetivos regulatórios.

Para Bruna (2003, p. 27-28), para fins de aplicação do direito da concorrência não mais se dividem os mercados entre regulados e não-regulados. Na análise da questão, impõe-se investigar qual o espaço existente para a livre atuação dos agentes econômicos, segundo sua discricção, no âmbito da regulamentação setorial, pois aí as normas de proteção à livre concorrência são sempre passíveis de aplicação. A questão é saber se os comportamentos devem ser regulados pela disciplina setorial, ou “regulados” pelo Direito Concorrencial, ou seja, pelas normas atinentes à restauração ou à manutenção da liberdade de mercado.

O ente regulador usará a normativa setorial para introduzir gradativamente a concorrência, através de vários mecanismos para a constituição de espaços de conduta, nos quais os entes regulados terão liberdade de atuação. Dentro desses espaços nos setores regulados, as práticas anticompetitivas são, como visto acima, principalmente, práticas restritivas verticais, que pressupõem comportamento discriminatório (ou às vezes predatório) entre empresas que atuam em mercados relacionados verticalmente. (POSSAS, 2002, p. 67-68). Assim, é exatamente nesses espaços abertos que as autoridades concorrenciais devem atuar.

A função de regulação prudencial dos setores realizada pelas autoridades de regulação não conflita com a função de adjudicação concorrenciais realizada pelas autoridades de concorrência. Portanto, não há conflito entre a atuação do CADE e das agências setoriais. Também não cabe cogitar da preponderância de uma ou outra legislação, antitruste ou regulatória, pela simples razão de que os campos de atuação são delimitados, ainda que complementares. Acrescenta o Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva ⁵ que a atividade judicante do CADE não pode ficar condicionada à existência ou não de regulação específica para determinada matéria.

Tanto o CADE como as agências reguladoras, têm, em observância ao princípio da finalidade, comprometimento com a justiça social e o bem-estar

⁵ p. 3 do Voto Vista no Processo Administrativo nº 08012.007443/99-17 Representados: Terminal para Contêineres da Margem Direita – TECONDI, Santos Libra Terminais S/A – TERMINAL 37, Usiminas (Rio Cubatão Logística Portuária Ltda.) e Santos Brasil - TECON, Julgado em 27 de abril de 2005.

econômico coletivo, razão pela qual não se podem tolerar abusos impostos pelos agentes privados, tornando-se imprescindível, por parte dos agentes no mercado a demonstração de que os benefícios gerados pela conduta, ou seja, a competitividade e a eficiência envolvidas no segmento geram bem estar coletivo, ou compensam os efeitos deletérios ao mercado ⁶.

Nesse sentido, argumenta o Conselheiro do CADE Marcelo Calliari ⁷:

[M]esmo dentro de um regime regulatório adequadamente instituído e aplicado, é possível que empresas, naquelas condutas não reguladas, pratiquem infrações à concorrência; [...] 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 infrações à ordem econômica; [...] 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.

Argumento bastante utilizado para embasar a isenção antitruste é o de que a especificidade do setor econômico regulado ao lado da norma geral de concorrência, para toda a economia, faz com que se aplique o critério da especialidade. No entanto, se considerarmos por outro prisma, vemos que as autoridades antitruste são especializadas, inclusive tecnicamente na matéria da adjudicação da concorrência, enquanto as agências têm que lidar com vários interesses e objetivos. Logo, o mesmo argumento da especialidade pode ser usado em favor da aplicação das regras específicas concorrenciais em detrimento das regras gerais do setor.

Além disso, as autoridades antitruste estão preocupadas com o equilíbrio geral do sistema econômico e levam em conta o efeito de um setor e seu ordenamento nos outros setores e nos parâmetros gerais da economia. Não se pode deixar ao sabor do ente regulador a discricionariedade da aplicação de normas de tutela da concorrência nos espaços abertos. Segundo Pereira da Silva (2001, p. 7-8), o que está em jogo é a aplicação plena da Lei 8.884/94 à economia como um todo ou a pulverização da defesa da concorrência em setores específicos de mercado, pois há grande risco de segmentação do direito antitruste. Trata-se da necessidade de assegurar a aplicação uniforme e sistêmica do Direito e das políticas concorrenciais no país como um todo. (NUSDEO, 2000, p. 179).

⁶ p. 77 do Parecer da Procuradoria Federal do CADE no Processo Administrativo nº 08012.007443/99-17 (ver nota anterior) datado de 11 de junho de 2004.

⁷ Voto no Processo Administrativo nº. 08000.002605/97-52 sobre transporte de passageiros em Minas Gerais (caso BHTRANS).

Portanto, todo o sistema brasileiro de defesa da concorrência, que inclui a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, deve dar aplicabilidade à normativa concorrencial nos espaços abertos dos setores alvo da regulação.

Como bem observou Caio Mário da Silva Pereira Neto⁸, do ponto de vista prático, os órgãos de defesa da concorrência parecem mais confortáveis para agir nesse contexto e, em alguns casos, os reguladores parecem ter uma reação mais lenta do que a das autoridades de defesa da concorrência⁹. São argumentos empírico-institucionais que corroboram a efetividade do desenho jurídico do inter-relacionamento regulação *versus* concorrência.

O ordenamento argentino, na opinião de Salomoni (2000, p. 237), “parece estabelecer uma primazia da legislação concorrencial sobre os marcos regulatórios dos serviços públicos ou atividades de interesse público, [...] [o qual apenas] cede diante dos direitos do consumidor e usuário.”

Há quem defenda ser o regulador setorial quem reúne os requisitos adequados para aferir as condições e restrições que se há de fazer à concorrência em favor das demais pautas regulatórias, bem como para compreender as peculiaridades e especificidades dos setores. Deteriam tais entes maiores informações acerca do mercado, o qual estaria sendo acompanhado permanentemente. Logo, a instrução dos atos de concentração e das condutas deveria ser levada a cabo pelo ente regulador. (MARQUES NETO, 2005, p. 83-85). No entanto, essa interpretação não é a mais condizente com os ditames do nosso ordenamento, nem leva em conta a aplicação uniforme da política pública de concorrência.

É claro que, pautado pelos objetivos da política pública setorial, pode o ente regulador determinar regras de atuação dentro desses espaços, no seu papel com vistas à introdução, promoção e preservação da concorrência. Também é possível que a proteção da concorrência esteja presente como fundamento dessas disposições, como reflexo do desdobramento da política regulatória daquele setor, imbuída dos princípios constitucionais da livre concorrência e de prevenção e repressão ao abuso do poder econômico.

⁸ Em Palestra proferida no dia 18 de maio no IV Congresso Brasileiro de Regulação organizado pela ABAR, intitulada “Regulação e Defesa da Concorrência: Espaços e Interfaces”, disponível em <<http://www.abar.org.br/congresso>> Acesso em: 15 dez 2005.

⁹ No mesmo sentido, POSSAS (2002, p. 68): “Parece incrível, mas muitas agências não fazem isso [monitorar as práticas anticompetitivas]; elas nem sequer se dão conta dos graves problemas concorrenciais que estão acontecendo debaixo dos seus olhos.”

O fato de a agência prever certas condutas como não desejáveis por razões de competição ou não permitidas sob a ótica da tutela da concorrência não impede a atuação das autoridades antitruste como aplicadores das normas gerais. Como nos lembra Nusdeo (2000, p. 184), é possível que as agências tomem medidas para cessação de práticas em desobediências às regras por elas emitidas que estejam prejudicando a concorrência nos mercados, e mesmo, imponham penalidade para infrações.

Isso conduz a que os entes regulados dentro desses espaços podem estar sujeitos a dois tipos de sanções por dois órgãos, o que é perfeitamente admissível. Em outras palavras, o ente que contraria, com a mesma conduta ou configuração estrutural, tanto as normas de concorrência quanto a norma setorial poderá sofrer dupla imposição.

3.3. *Imunidade antitruste nos setores regulados: critérios e limites*

Nas décadas de 50 a 80 os setores regulados eram reservados à prestação estatal e infensos à concorrência, pois se imaginava que a defesa da concorrência tutelava apenas os interesses particulares dos agentes econômicos privados interessados em disputar mercado. Era a regulação não concorrencial, intrinsecamente ligada à tese de que a existência de um arcabouço regulatório recaindo sobre um setor da economia impedia a incidência de normas concorrenciais gerais. (MARQUES NETO, 2005, p. 70; 77).

Na década de 90, verificou-se que o interesse público poderia ser alcançado também pela promoção da atuação dos agentes de mercado. (MARQUES NETO, 2005, p. 71). Tal visão encontra-se em consonância com a modelagem jurídico constitucional brasileira. A mudança para um modelo de regulação pró-concorrência fez com que a introdução sistemática da competição possibilitasse a atuação de novos atores nos espaços abertos. Caem então por terra os argumentos de imunidade absoluta da aplicação do direito concorrencial aos setores regulados.

No entanto, é de se reconhecer a existência de atividades ou setores que tenham imunidade antitruste por opção explícita da política governamental através de disposição expressa em lei¹⁰. Além disso, outras ações ou condutas vêm sendo reconhecidas como imunes por critérios implícitos, ou seja, determinadas características impostas pelo modelo de regulação a partir dos *estándares* normativos estabelecidos. Como bem lembra Forgioni (2005, p. 211, grifos da autora), “*a isen-*

¹⁰ No direito brasileiro, é viável a isenção em bloco, através de leis específicas autorizadas de restrições concorrenciais em determinado setor ou atividade, que prevalecem sobre a regra geral. (FORGIONI, 2005, p. 228).

ção [antitruste] ¹¹ é assim utilizada para afastar ou arrefecer o moto concorrencial, possibilitando o funcionamento do setor de acordo com sua lógica particular, não baseada exclusivamente no resguardo da competição.”

O direito americano tem experiência com tais questões e desenvolveu alguns critérios para pautar a aplicação das normas antitruste. Tais critérios vêm sendo utilizados na jurisprudência do CADE como subsídios à análise de condutas e atos de concentração. Esclarece Marques Neto (2005, p. 80) que os raciocínios que embasam tais teorias são mais úteis para a aplicação no Direito Brasileiro do que elas em si, devido às especificidades do direito americano. O importante, no nosso entender, é que a regra seja a aplicação do antitruste e que as teorias sejam usadas no sentido de configurarem *exceções permitidas*.¹²

Nos EUA, a configuração de competências federativas confere papel de regulação setorial em sua maior parte aos Estados Membros e não à União. Isso não impede que as teorias surgidas lá sejam utilizadas no Brasil. Em primeiro lugar, porque aqui há setores em que a competência regulatória é dos Estados e Municípios, como no caso do saneamento e transporte público ¹³, e determinados aspectos do gás natural. Em segundo lugar, é possível que estudos doutrinários adaptem tais construções para que se conformem com o sistema constitucional vigente.

A *Pervasive Power Doctrine*¹⁴ afirma que a atribuição das competências regulamentares às agências reguladoras setoriais afasta a possibilidade de aplicação do direito antitruste desde que o poder conferido à agência seja amplo (*pervasive*) o suficiente, para afastar a competência de qualquer outra autoridade. Tal amplitude se verifica quando:

a) o poder da agência reguladora é extenso, conferido em intuito de substituir o sistema concorrencial, de forma expressa ou presumida. Em outras palavras, configura-se caso a determinação das variáveis econômicas fundamentais (quantidades e preços) for posta a cargo do órgão regulamentar, caracterizando-se

¹¹ Uma das “válvulas de escape”, como pontua a autora (FORGIONI, 2005, p. 228), ao lado das autorizações, da *rule of reason*, do elástico conceito de mercado relevante e do jogo de interesse protegido.

¹² Por isso, devem ser *interpretadas restritivamente*. (FORGIONI, 2005, p. 229).

¹³ Para análise da aplicação da *state action doctrine* no âmbito da regulação municipal ver acórdão da lavra do Conselheiro Roberto Pfeiffer no Processo Administrativo Nº 08012.006507/98-81, julgado em 06 de agosto de 2003.

¹⁴ Nos EUA, diferentemente da *State Action*, a *Pervasive Power Doctrine* é aplicada na relação entre as agências federais de regulação e autoridades antitruste. Logo, tal raciocínio pode ser expandido diretamente para o caso brasileiro.

uma situação na qual “[...] há atribuição ao órgão de poder para controlar decisões empresariais fundamentais normalmente controladas exclusivamente pelas forças de mercado”. (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 210); ou

b) o poder é profundo, pois já inclui a competência para aplicar a lei antitruste. Para caracterizar a profundidade requerem-se, adicionalmente, dois requisitos: que a atuação efetiva da agência tenha efetivamente levado em consideração os efeitos de seus atos e decisões sobre a concorrência no mercado regulado; e que o órgão regulador seja adotado de capacidade técnica e conhecimento do mercado superiores aos das autoridades antitruste (que aquele mercado em particular demande conhecimentos especiais que se podem presumir encontráveis no órgão regulador setorial e insuficientes na agência antitruste) (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 204;210;211).

A hipótese do *poder profundo* como caracterizador da amplitude de poder do ente regulador não encontra base no nosso ordenamento jurídico. Tratar-se-ia aí de aplicação setorializada do direito da concorrência. A Lei 8.884/94 deve ser aplicada pelas autoridades antitruste, e o CADE é única entidade legalmente instituído para aplicar sanções derivadas dos atos e condutas contrários à concorrência. As agências, além da obrigação de acompanhar permanentemente os mercados, têm o dever de cooperação e auxílio às autoridades antitruste.

A *State Action Doctrine*¹⁵ confere a imunidade excepcional na configuração dos seguintes requisitos: (a) a regulamentação deve expressar inequivocamente política de substituição do regime concorrencial pelo regulado; e (b) o Estado deve supervisionar ativa e constantemente o cumprimento das obrigações impostas pela regulação. É certo então que a “aplicação desses dois critérios no sistema brasileiro levaria à conclusão necessária de que apenas quando o Estado permite a alguém a exploração do serviço público mediante concessão haveria a imunidade” (SALOMÃO FILHO, 1998, p. 202).

¹⁵ São vários os exemplos na jurisprudência do CADE da utilização de tal doutrina: I) SDE/MJ *ex officio* v. Auto Diesel Ltda. e outras. Processo Administrativo no 08000.021660/96-05. Conselheiro Relator Antonio Fonseca; II) Companhia Nacional de Álcalis e outros v. Companhia Estadual de Gás (CEG) e Riogás S.A. Processo Administrativo no 08012.006207/98-48. Conselheiro Relator Afonso Arinos de Mello Franco Neto; III) AMUT P&C v. BHTRANS e outros. Processo Administrativo no 08000.002605/97-52. Conselheiro Relator Marcelo Calliari, citado supra; IV) Ato de Concentração no 08012.000035/00-68. Conselheiro Relator Mércio Felsky. Requerentes: Gas Brasileiro Distribuidora Ltda., SNAM S.p.A. e Società Italiana Per Il Gas.



Para o Conselheiro Cleveland Prates¹⁶:

Na incorporação, desta teoria ficou assentado que a deficiência na supervisão ativa do mercado é uma condição de atuação dos órgãos de defesa da concorrência. Contudo, é necessário, ainda, a presença de uma lacuna regulatória, entendida como a inexistência de previsão de um conjunto de regras específicas de atuação dos agentes no mercado, ou, quando este conjunto permite margens de atuação livre do poder de fiscalização do órgão regulador.

Os critérios da *State Action* são semelhantes aos do *poder de extensão da Pervasive Power Doctrine*. São utilizados nos casos em que todas as condutas possíveis são reguladas, ou seja, não há espaço de manobra. Entretanto, o mais comum é que dentro de setor regulado, tal situação de não opção se verifique apenas parcialmente. Isso impede, em parte, a aplicação de tais doutrinas, pois há possibilidade de escolha de condutas¹⁷.

Há também a *Noerr-Pennington Doctrine*, fixada a partir de dois precedentes da Corte Suprema dos EUA¹⁸. No primeiro, afirmou-se que a lei antitruste americana (Sherman Act) não se aplicava a uma campanha conjunta de empresas controladoras de estradas de ferro, formando grupo de pressão que demandava a adoção de leis prejudiciais ao mercado de transportes terrestres ferroviários¹⁹. No segundo, estatuiu-se que esforços conjuntos para influenciar autoridades públicas no sentido de que adotem determinadas condutas, seja administrativa ou legislativa, com o objetivo de eliminar a concorrência não são contrárias às leis antitruste. Em outras palavras, pedidos ou *lobbies* organizados de boa-fé não podem servir de base para a sujeição às leis concorrenciais.

Na adaptação ao ordenamento brasileiro dessa doutrina, caso determinadas empresas organizadas em conjunto pressionassem legalmente o governo ou o parlamento no sentido de tomarem algumas medidas, por exemplo, para

¹⁶ Voto no Ato de Concentração nº. 08012.004818/2000-82, julgado em 18 de fevereiro de 2004.

¹⁷ Fundamentação usada pela Conselheira Hebe Romano no Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09 (Caso Finasa).

¹⁸ *Eastern R.R. Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961) & *United Mine Workers of Am. v. Pennington*, 381 U.S. 657, 670 (1965), Disponível em: <www.supremecourtus.gov> Acesso em: 15 dez. 2005.

¹⁹ Herbert Hovenkamp, *in Federal antitrust policy* (apud FORGIONI, 2005, p. 213), “Under Noerr, a firm that makes misleading or even untruthful claims to the government in order to get the government to injure the petitioner’s competitors has antitrust immunity [...]”

“limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado” ou “criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços”²⁰, que causassem efeitos anticompetitivos, não estariam elas configuradas como autoras de condutas puníveis. Ou ainda, empresas envolvidas em ações antidumping não estariam sujeitas às penalidades previstas nas leis antitruste.

A aplicação de tais critérios no sistema jurídico brasileiro deve levar em conta as peculiaridades do nosso ordenamento, como já salientado, o que inclui analisá-los à luz da nossa estrutura federativa, das competências legais e institucionais das agências e autoridades antitruste e, acima de tudo, do sistema constitucional vigente.

3.4 . *Princípios regentes: peculiaridades na aplicação*

Resta saber se a aplicação do direito da concorrência dentro desses espaços em que há margem de conduta deve atender a determinadas peculiaridades. A lógica na aplicação do direito da concorrência tem que levar em conta a tônica dos princípios que regem a normativa setorial. Para Salomão Filho (2001, p. 71), “(...) a aplicação dos princípios concorrenciais constitucionais e da própria lei concorrenciais é diversa tratando-se de setores regulados. Isso é decorrência do caráter mais interventivo exigido do direito antitruste em mercados mais concentrados.”²¹

Apesar de serem setores mais concentrados, será sempre necessário levar em conta as peculiaridades econômicas e regulatórias ao se verificar a legalidade (a aderência ao direito concorrenciais) de condutas e de estruturas percebidas no setor. (MARQUES NETO, 2005, p. 80). O caráter mais interventivo é contrabalanceado pelo fato de que é amplamente conhecido que, nos setores regulados, outras finalidades concorrem com a noção de concorrência. A maioria dos serviços não comporta concorrência plena e, além disso, objetivos de interesse público, tais como universalização, continuidade e qualidade da prestação nem sempre são convergentes com os princípios que norteiam o antitruste.

Pereira da Silva (2001, p. 17-18, grifos nossos) sugere então que

[O] CADE deve relativizar a aplicação do direito da concorrência nestes setores, sopesando concretamente os valores da esfera setorial com os prin-

²⁰ Artigo 21, incisos IV e V da Lei 8.884/94.

²¹ Na mesma linha, ver POSSAS (2002, p. 67): “o CADE intervém em determinadas situações exatamente porque se supõe que mercados concentrados gerem, mais ou menos, espontaneamente, condutas anticompetitivas.”

cípios da ordem econômica. Por tal razão, é que deve ser desenvolvida a idéia de concorrência possível. É dizer, o antitruste é aplicável na medida em que não comprometa referidas finalidades regulatórias.

Para equilibrar adequadamente a aplicação dos princípios concorrenciais nos setores regulados, deve-se ter em mente os valores, os princípios e as finalidades que norteiam a normativa setorial. Por isso, é de fundamental importância o conhecimento do espírito que rege as normas setoriais para a análise dos casos que envolvem esses setores.

No caso do Banco Finasa, o Conselheiro Celso Campilongo²² observou que “aspectos específicos do setor serão obrigatoriamente sopesados pelo CADE quando da aplicação do direito da concorrência, abrindo-se ‘válvulas de escape’ por meio da regra da razão. Aqui, o valor concorrência não tem aplicação tão mecânica quanto em setores ‘normais’ da economia.”

Sobre os limites da aplicação das normas antitruste, recente parecer da Procuradoria do CADE²³ afirma que a competência do ente regulador para determinados aspectos relacionados à concorrência não retira a competência do CADE em demonstrar quais os aspectos estruturais do serviço precisam ser modificados para adequação aos preceitos da livre concorrência, sob pena da não aprovação da operação. Desse modo, são juridicamente viáveis determinações do CADE contra empresa em setor regulado, desde que seja proveniente de decisão autônoma²⁴ do CADE em relação à agência, nos limites suficientes a extirpar os efeitos lesivos à concorrência do mercado não satisfatoriamente regulado.

O princípio da proporcionalidade, apoiado por toda a dogmática construída em cima dele, parece ser o melhor parâmetro de aplicação do direito

²² Grifos nossos no Voto de Vista no Processo Administrativo nº 08012.006762/2000-09, julgado em 28 de novembro de 2001

²³ p. 31-33 do Parecer da Procuradoria Federal do CADE, datado de 5 de abril de 2005, nos atos de concentração apresentado pela Companhia Vale do Rio Doce, nºs: 08012.000640/2000-09; 08012.001872/2000-76; 08012.002838/2001-08; 08012.002962/2001-65; 08012.005250/2000-17; 08012.005226/2000-88; 08012.006472/2001-38.

²⁴ Para García de Enterría (2001, p. 282), a validade das decisões autônomas repousa na norma básica de organização, a qual definiu sua estrutura e delimitou seu âmbito e sua esfera material de funcionamento e atuação, portanto não está hierarquicamente subordinada às fontes de nenhuma outra organização. Continua o autor (2001, p.283): *“En el seno de ese ámbito autonómico propio constitucional o legalmente establecido la norma autonómica es suprema y excluye a las normas de cualquier otro ordenamiento, las cuales, lejos de poder pretender en dicho ámbito cualquier superioridad por su origen diverso, serán nulas por invadir la esfera garantizada al principio autonómico.”*

da concorrência nesses espaços. Devendo ser observado tanto na esfera judicial como na administrativa, tal princípio “envolve sempre a mensuração ou entre o benefício para o interesse público em face da restrição para a propriedade privada, ou entre uma e outra medida à disposição do poder público, obrigando sempre a escolha da medida menos gravosa ao indivíduo sujeito ao poder central.” (MARQUES NETO, 2003, p. 88). Ele vai embasar tanto os meios quanto os fins da política pública da concorrência, norteando a aplicação da legislação antitruste desde a caracterização da conduta lesiva ou efeitos da concentração até as sanções finais eventualmente dispostas.

A jurisprudência do CADE acatou tal princípio, por exemplo, nesse trecho do voto do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Jr.²⁵: “O princípio da proporcionalidade de certo modo condiciona o exercício das funções legislativa, executiva e judicial, visando impedir abusos, excessos ou interpretações dessarrazoadas que possam violar os direitos constitucionalmente consagrados.”

Em suma, o equilíbrio e a ponderação dos princípios na aplicação do direito da concorrência aos setores regulados devem ser alvo de estudos doutrinários mais focalizados.

4. Autoridades de concorrência e normativa setorial

4.1. Possibilidade de interpretação e aplicação pelo CADE

É desdobramento da questão anterior a definição de qual deve ser o posicionamento do CADE em relação às normas setoriais. Pode-se afirmar que a análise da normativa setorial é de fundamental importância para compreender o setor que contextualiza o procedimento ou análise de ato, principalmente seus parâmetros econômicos. Desse modo, as autoridades de concorrência têm na normativa setorial banco de dados para definir o mercado relevante, para caracterizar o poder econômico e seu abuso e ainda meio fundamental para a análise do custo/benefício de atos de concentração.

Interessante questão levantada por PEREIRA DA SILVA (2004, p. 29) é a de saber se o CADE pode preencher, sob a ótica do direito da concorrência, as lacunas regulamentares eventualmente deixadas pelas agências, ou mesmo, substituir normas omissas ou contraditórias que tragam riscos à ordem concorrencial.

É mais consoante com o desenho institucional brasileiro, porém, acreditar que o CADE não deve aplicar diretamente a legislação setorial, pois tal

²⁵ Grifos nossos no Voto Vista no Processo Administrativo nº 08000.022579/97-05 (Caso White Martins).

aplicação foge à sua competência definida em lei. Além disso, o CADE não pode dar interpretação diversa de aspectos técnicos da interpretação manifestada pela agência, já que é a esta última que incumbe por lei a regulação do setor.

Os votos no caso TVA contra TV Globo discutiram a possibilidade de o CADE interpretar e aplicar a normativa setorial. O Conselheiro Celso Campilongo²⁶ afirmou que não cabe ao CADE invocar nem criar norma geral que imponha obrigação à concessionária e, a partir dela, oferecer interpretação alargando conceitos e inventando regras. Pode o CADE, porém, como corolário de sua função legal, analisar situações concretas que tenham *impactos concorrenciais*, profereindo uma decisão com base na Lei da Concorrência. Segue o Conselheiro:

[É] 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 [...] 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. (p. 3, grifos nossos).

Caso contrário, não haveria a menor necessidade de órgãos reguladores dotados de agilidade normatizadora, especialização profissional e independência técnica, como é o caso das agências. Por outro lado, como visto, tal especialidade no setor não pode servir de base para que os entes reguladores ultrapassem suas competências legais principalmente no que se refere à adjudicação da concorrência.

Tal caso (TVA/Globo) ocorreu, no entanto, em setor com marco regulatório definido e estável. Quando existe um problema de regulamentação que gera também uma questão de concorrência 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 do regulamento²⁷.

²⁶ Voto de Vista no Processo Administrativo nº 53500.000359/99.

²⁷ Na Representação nº 07/93, da CEBRACAN contra Rodonal - entidade de classe das empresas de transportes, o Conselheiro Antônio Fonseca afirmou que o regulamento federal do setor de transportes era precário, desatualizado e inadequado à conjuntura jurídico-econômica de então. Continua ele: “A situação é propícia à formação de grupos, com forte poder de influência junto ao Governo, que podem operar das mais variadas formas, incluindo a divisão de mercados, em detrimento de outros agentes. Há, portanto, um problema de regulamentação que gera também uma questão de concorrência”.

A atuação dos órgãos de defesa da concorrência tem um duplo propósito: punir os agentes que eventualmente se beneficiando do caos regulamentar, se sejam envolvidos em práticas restritivas da concorrência e pressionar o órgão regulador para adotar as medidas adequadas a fim de sanar os vícios da regulamentação. (PEREIRA DA SILVA, 2001, p. 29).

É justificável a conclusão de que, diante de regulamentações que possam trazer graves prejuízos à concorrência e, por conseguinte, aos interesses da coletividade, bem como no caso de inexistir regulamentação necessária à realização desta finalidade, tem-se por admissível o preenchimento destas imperfeições pelo CADE que deverá atuar somente em hipóteses excepcionais e diante de problemas concretos que lhe são trazidos. (PEREIRA DA SILVA, 2001, p. 30).

O fundamento desta ação de completude de lacunas, segundo nosso entendimento, não representa competência subsidiária do CADE em regular mercados inadequadamente regulados mas o de dar aplicabilidade à legislação concorrencial e aos princípios constitucionais, no cumprimento de seu papel institucional. A autarquia não pode permitir atos e condutas danosos à concorrência, derivados de “falhas” e “buracos” na regulação.

4.2. Colaboração na promoção da concorrência

É sabido que a introdução de espaços de concorrência nos setores regulados é levada a cabo pelos entes reguladores. Este ato faz parte da concretização da promoção da concorrência, um dos objetivos da política regulatória do setor. A questão que se propõe é se há espaço de atuação das autoridades de concorrência, especialmente do CADE na promoção da concorrência, ou seja, na abertura de espaços concorrenciais.

Conforme atesta Caio Mário da Silva Pereira Neto²⁸, há espaço para as autoridades antitruste colaborarem na definição dos espaços concorrenciais dentro dos setores regulados. O CADE vem reconhecendo tal papel e, aos poucos, vai estabelecendo os contornos de sua potencial atuação. Quando, diante da análise dos espaços concorrenciais, o CADE vislumbra possibilidade de ajudar na introdução da concorrência, ou seja, promovendo a ampliação de determinado espaço, pode adotar recomendações ou sugestões.

A decisão do Conselheiro Celso Campilongo no caso Comgás²⁹ condena a exacerbação de metas regulatórias em detrimento da concorrência. O Conse-

²⁸ Em palestra citada *supra*.

²⁹ Voto no Ato de Concentração nº 08012.004550/1999-11.

Iheiro Cleveland Prates no caso Goiásgás³⁰ entende que o CADE tem uma função primordial como “promotor” da concorrência, identificando os possíveis problemas derivados da regulação e sugerindo as alterações para o bom funcionamento do mercado. Continua o Conselheiro: “É fato que o ideal seria que os órgãos de defesa da concorrência fossem previamente consultados antes mesmo da elaboração dos editais de licitações, ou no caso específico, da legislação que criou a empresa”. Esta última sugestão merece acolhida e será analisada mais adiante.

Sobre o poder dos entes reguladores de estabelecer os critérios das concessões, deve-se observar 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 concorrência³¹. As autoridades de concorrência podem examinar e opinar sobre vários assuntos na sua função de promotora da concorrência, inclusive na definição dos critérios de preço, dos contratos de concessão e no próprio desenho de um leilão. (OLIVEIRA & RODAS, 2004, p. 154).

Também aspectos de ordem técnica, como a fixação de determinados padrões de qualidade, podem afetar a estrutura de mercado e constituir barreiras à entrada, merecendo exame das autoridades concorrenciais. (OLIVEIRA & RODAS, 2004, p. 154). São condizentes com seu papel institucional as recomendações do CADE ao poder concedente para que tome providências voltadas à tutela da concorrência.

Quanto à SEAE, é constatado que seu papel institucional de mentor de políticas econômicas tanto regulatórias como concorrenciais constitui o fundamento para possibilitar sua atuação como promotora da concorrência nos setores regulados. Nessa linha, o Projeto de Lei do Poder Executivo 5.877/2005, que estrutura o SBDC, explicita o papel da SEAE como componente do sistema ao definir suas competências, principalmente na análise dentro dos setores regulados:

Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico:

I - promover a concorrência no âmbito dos fóruns apropriados no Ministério da Fazenda, no âmbito de outros órgãos de governo e perante a sociedade de maneira geral;

II - opinar sobre as normas submetidas pelas agências reguladoras a consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

III - elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada

³⁰ Voto no Ato de Concentração nº 08012.005516/2001-11, julgado em 14 de julho de 2004.

³¹ Fundamento do Voto do Conselheiro Roberto Pfeiffer no Caso Gaspisa, Ato de Concentração n. 08012.002455/2002-11, julgado em 06 de agosto de 2003.

pele Ministro de Estado da Fazenda, podendo, inclusive, requisitar quaisquer informações de organizações públicas ou privadas que visem a subsidiar suas análises;

IV - identificar, analisar, elaborar estudos e propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos que afetem ou possam afetar a livre concorrência nos diversos setores econômicos do País;

(...) omissis

Podem ainda as autoridades antitruste sugerir modos de introdução da concorrência derivado de sua especialização na matéria, como os constantes da pauta de reforma regulatória, isto é, mecanismos de compartilhamento compulsório de redes, obrigação de desverticalização na cadeia de atividades que envolvam monopólios naturais, separação jurídica e contábil de atividades, vedação de subsídios cruzados, desagregação obrigatória de redes, supressão de áreas reservadas ou de mecanismos de privilégios ou supressão, via regulação ou outorgas compulsórias de barreiras de entrada.

Outra hipótese surge quando o ente regulador decide restringir os espaços já abertos, seja implantando novos requisitos, ou impondo barreiras à entrada. Nesse caso, o CADE deve agir de forma mais incisiva, pois as funções de protetor e promotor da concorrência se fundem e embasam fortemente sua atuação jurídico-institucional.

4.3 Censura de normas setoriais

Sabe-se que, no processo de produção da normativa setorial, a apreciação e valorização dos fatores em jogo na decisão reguladora:

[...] no es algo que pueda preverse con detalle en una norma escrita, aunque ciertamente una de las tareas fundamentales del ente regulador ha de consistir en la redacción y aprobación de normas reglamentarias a través de las cuales se vayan desarrollando y concretando cada vez más los principios contenidos en las leyes. (ARIÑO ORTIZ, 1999, p. 611-612).

No entanto, a submissão dos entes reguladores (pessoas jurídicas de direito público) à Lei 8.884/94, como analisado *supra*, conduz à conclusão de que as regras antitruste devam ser levadas em conta quando do exercício do poder regulamentar ou em outras decisões da agência. A atuação da agência deve efetivamente levar em consideração os efeitos de seus atos sobre a concorrência.

Tais considerações aumentam de importância quando se observa a possibilidade de “captura” do ente regulador, expressão cunhada pela doutrina

para indicar a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados. Alerta Bruna (2003, p. 44) que nas relações de agência a motivação do representante pode não coincidir com os interesses dos representados.

A agência perde a condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoísticos de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados. Trata-se de uma faceta dos fenômenos da distorção das finalidades dos setores burocráticos estatais. (JUSTEN FILHO, 2002, p. 369-370).

É intuitivo que, sem controles específicos, a agência “capturada” se volte à realização de interesses privados, dentre os quais um dos mais imediatos é o desejo de exercer o poder econômico de maneira abusiva ou de atribuir a si mesmo vantagens advindas de configurações de mercado anticompetitivas.

Nusdeo (2000, p. 184) levanta a hipótese de o CADE atuar diante de situações concretas em que as normas emitidas pelas agências reguladoras, por exemplo, na definição da estrutura dos mercados ou na regulação de interconexões e uso da infra-estrutura alheia pelos prestadores de serviço sejam prejudiciais à livre concorrência. No mesmo sentido, Pereira da Silva (2001, p. 22) analisa a possibilidade de o CADE censurar os atos das agências reguladoras que, por não obedecerem a critérios de proporcionalidade e de mínima intervenção, sejam contrários à concorrência.

É certo que ao CADE não é dado o poder de revisão dos dispositivos emanados pelo poder regulador, expressão das políticas públicas setoriais, porque, em agindo assim, estaria atentando contra os postulados básicos da legalidade e de toda a doutrina que informa a atividade dos órgãos reguladores³².

Acontece que há determinadas condutas que são lastreadas pelo próprio marco regulatório, quando este eventualmente não tenha observado os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, nem as limitações horizontais e verticais da regulação. Desse modo, tal âmbito normativo exorbitante pode dar margem a condutas anticompetitivas dos próprios entes regulados, por haver restrição regulatória de tal modo que, dentro de seu espaço de atuação, sejam diminuídas sensivelmente suas opções de conduta. Seria o caso de editais de licitação e contratos de concessão exorbitantes que dêem margem a conduta anticompetitiva.

Não é dado ao CADE poder sancionador sobre as agências, mas, tão somente, como deixa claro o artigo 7º, X da Lei 8.884/94, a capacidade de requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados,

³² p. 3 do Voto Vista do Conselheiro Villas Boas Cueva no Processo Administrativo nº 08012.007443/99-17.

Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento da Lei. A mera leitura do dispositivo legal torna claro que, em relação aos órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta do Poder Executivo Federal, o CADE requisita, ou seja, pratica ato mandamental, não se admitindo o seu descumprimento. Quando o destinatário for órgão estadual ou municipal, e em respeito ao pacto federativo constitucional, o CADE somente solicita providências, visando adequar os normativos destes órgãos à Lei Federal de defesa da concorrência³³.

Há julgados do CADE que indicam a possibilidade de que atos contrários à concorrência sejam censurados pelo Conselho. Importante decisão do CADE, neste sentido, foi na Averiguação Preliminar contra o Departamento de Aviação Civil – DAC, quando se discutiu a ocorrência de acordo entre empresas de transporte aéreo, com o objetivo de estabelecer tarifas únicas para a ponte aérea Rio - São Paulo, com a aprovação do citado órgão regulador. (OLIVEIRA & RODAS, 2004, p. 174). Considerando que a legislação específica do setor permitia a elaboração de tais acordos, apesar de haver indícios de prática concertada entre as empresas, entendeu a Conselheira Lúcia Helena Salgado³⁴ que se tratava

[...] de autoridade no exercício constitucional e legal de seu poder regulamentar, podendo o CADE, em situações como esta, e em concordância com o que vem sendo entendido e decidido por este Plenário, expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da Lei caso verifique, na atividade regulatória, uma norma incompatível com os princípios impostos pela concorrência no mercado, posto que é tarefa do CADE identificar os meios para que a concorrência se manifeste, seja qual for a atividade econômica em questão.

Pereira da Silva (2001, p. 27-28), em interessante passagem, defende:

Não admitir a possibilidade de censura, pelo CADE, destes atos infralegais contrários à legislação da concorrência representa atribuir um valor indevido à competência regulamentar das agências. Ora, se as leis setoriais não adotam a isenção antitruste, já que reconhecem a competência do CADE, por que não poderia um ato infralegal contrário à Lei 8.884/94 ser suspenso ou de alguma forma censurado pelo Conselho – o qual tem o

³³ Voto do Conselheiro Roberto Pfeiffer no Processo Administrativo Nº 08012.006507/98-81, julgado em 06 de agosto de 2003.

³⁴ Averiguação Preliminar nº 08000.025.925/96-54 - Representado Inspetoria Regional da SDE em São Paulo *ex officio*. Representado: Departamento de Aviação Civil -DAC. Relatora: Cons. Lúcia Helena Salgado. Julgado em 9 de setembro de 1998.

dever de aplicar referida Lei? É até admissível que as agências instrumentalizem poderes normativos, atribuídos por lei, para o alcance das finalidades almejadas. Mas, reconhecer que o exercício de poder regulamentar seja exercido ao arrepio da Lei de Defesa da Concorrência significa legitimar a derrogação tácita deste diploma – o que representa uma teratologia com base no ordenamento jurídico pátrio.

A Lei Antitruste Argentina traz disposição digna de aplauso. O Tribunal de Concorrência poderá, quando considerar pertinente, emitir opinião em matéria de concorrência e livre iniciativa a respeito de leis, regulamentos, circulares e atos administrativos. (SALOMONI, 2000, p. 222).

Nesse contexto, parece não haver óbices para a instituição de determinados procedimentos do CADE que tivessem agência reguladora como alvo. Quanto ao teor da decisão de procedimento no CADE com a participação da agência, deve-se levar em conta a ausência de poder hierárquico do CADE sob pessoas jurídicas de direito público, o que impede o exercício do poder sancionador.

Esse é o único entendimento possível, em face da isonomia constitucional dos entes públicos. O CADE, como autarquia federal, e a SDE, órgão do Ministério da Justiça, não têm poder hierárquico e sancionador sobre a União e seus desdobramentos de natureza pública (órgãos da Administração direta e autarquias); não têm igualmente ascendência hierárquica sobre os estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios.” (COELHO, 1995, p. 41).

4.4. Instrumentos de controle judicial de normas setoriais

4.4.1 CADE e controle judicial de atos normativos das agências

Diante desse quadro, pode-se argumentar que a vinculação das agências aos princípios da ordem econômica, a sujeição delas ao cumprimento da Lei 8.884/94 e as disposições setoriais que contemplam, dentro da política regulatória, a liberdade de concorrência abrem espaço para a possibilidade de *controle judicial de atos que sejam nocivos à concorrência*.

Lembra-nos Bruna (2003, p. 268) que, para ser considerado efetivo, um controle judicial deve, de início, estar disposto a avaliar, no campo dos fatos, as alternativas que estavam à disposição da autoridade, a fim de poder-se, com isso, assegurar o cumprimento da finalidade legal consagrada pelos legisladores. O papel do Judiciário é procurar dar às leis que instituíam delegações uma interpretação conforme a Constituição.

A discricionariedade somente pode ser reconhecida após o exame objetivo das circunstâncias fáticas em questão, a fim de se verificar: (1) a efetiva existência de mais de uma decisão igualmente razoável perante a situação de fato; e (2) a presença de uma opção legislativa, implícita ou explícita, no sentido de que a autoridade administrativa decida como o legislador do caso concreto, mediante juízos de oportunidade e conveniência. (BRUNA, 2003, p. 141).

Em termos concretos, para fazer valer o interesse coletivo, pode o CADE, fazendo uso de sua Procuradoria, requerer medidas judiciais visando à cessação da infração, conforme deixa claro o artigo 10º, III, da Lei Concorrencial, no qual se lê:

Art. 10º. Junto ao CADE funcionará uma Procuradoria, com as seguintes atribuições:

(...)

III – requerer, com autorização do Plenário, medidas judiciais visam à cessação de infrações da ordem econômica;

É, assim, possível o seu ingresso em juízo para a defesa da competição nos mercados, em outras palavras, a defesa das condições de desempenho das funções a ele atribuídas na lei de sua instituição e na legislação em geral. (NUSDEO, 2000, p. 185). Vale salientar que o pressuposto para que a Procuradoria do CADE faça uso de medidas judiciais é que o próprio plenário já tenha decidido acerca da matéria e tenha chegado à conclusão de que ocorreu ou vem ocorrendo infração da ordem econômica.

Desse modo, ato normativo de agência que causasse efeitos nefastos à concorrência seria ilegal e passível de controle judicial, desde que o CADE tenha se pronunciado previamente sobre os danos efetivos ou potenciais de tais atos, refletidos nas condutas anticompetitivas das empresas.

São úteis, portanto, todas as conclusões doutrinárias sobre o controle judicial dos atos administrativos de delegação em geral e sobre a atividade regulatória, no que se refere aos limites e potencialidades. A atuação judicial da Procuradoria do CADE para cessar infrações lastreadas por normas setoriais deve buscar fundamento argumentativo em tais critérios. Nesse caso, pode ser levada adiante inclusive através da ação civil pública.

4.4.2. Papel do Ministério Público

O Ministério Público Federal (MPF) tem importância decisiva na tutela da concorrência, elevada à categoria de interesse difuso, pelo parágrafo único do art. 1º da Lei 8.884/94, no qual se lê que a coletividade é a titular dos bens

jurídicos protegidos pela Lei. Nesse sentido, as autoridades concorrenciais devem recorrer a esta entidade para propiciar a efetiva proteção à concorrência. A Lei Concorrencial prevê, em seu artigo 12, que membro do Ministério Público Federal deverá oficiar nos processos em tramitação no CADE, e, no parágrafo único, estatui que o CADE poderá requerer ao Ministério Público Federal que promova a execução de seus julgados ou do compromisso de cessação, bem como a adoção de medidas judiciais.

O CADE pode utilizar-se do mecanismo da representação para o Ministério Público, que, no cumprimento da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, atuará de acordo com as competências dispostas no artigo 6º:

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

I - promover a ação direta de inconstitucionalidade e o respectivo pedido de medida cautelar;

II - promover a ação direta de inconstitucionalidade por omissão;

(...)

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

(...)

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos;

(...)

XIV - promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto:

(...)

b) à ordem econômica e financeira;

Pode o MPF propor ação civil pública quando a livre concorrência, interesse difuso, for violada. Por fim, o instrumento jurídico extremo para impedir que atos normativos legais ou administrativos causem danos potenciais ou efetivos à concorrência é o controle concentrado de constitucionalidade, proposto em ação direta de constitucionalidade, depois de elaborada representação pelo CADE. Este parece ser o caminho mais efetivo para o controle das normas emitidas por entes reguladores que dão margem a práticas competitivas.

É necessário que o Ministério Público e o CADE caminhem em estreita cooperação para a utilização de todos os instrumentos constitucionais disponíveis na aplicação do direito concorrencial.

4.5. Eficácia do controle prévio

Sobre a eficácia do controle prévio das normas, entende-se como inovadora a disposição do § 3º do art. 16 do Projeto de Lei do Poder Executivo sobre as agências reguladoras, nº 3.337/2004, em que se lê:

Art. 16.

(...) omissis.

§ 3º As Agências Reguladoras solicitarão parecer do órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda sobre minutas de normas e regulamentos, previamente à sua disponibilização para consulta pública, para que possa se manifestar, no prazo de até trinta dias, sobre os eventuais impactos nas condições de concorrência dos setores regulados.

Dá-se à autoridade do Ministério da Fazenda, no caso a SEAE, a competência de análise *ex ante* das normas setoriais que possam ter impactos nas condições de concorrência dos setores regulados. Funcionará como espécie de controle prévio das normas do setor, o que não dispensa o controle posterior de legalidade.

Tal disposição constitui avanço na medida em que privilegia a unidade sistemática na aplicação da legislação de defesa da concorrência. Ressaltam Correa e Pereira Neto (2005, p. 17) que a participação da SEAE evita efeitos anticompetitivos de novas regulamentações e até mesmo impulsiona alterações pró-competitivo na moldura regulatória. Para os autores citados (2005, p. 17), “[e]sta disposição poderá também reduzir a probabilidade de captura na medida em que uma autoridade de defesa da concorrência geral estará monitorando o processo regulatório.” Em termos gerais, a intervenção dos órgãos de concorrência no âmbito do processo de produção de normas das agências reguladoras pode ajudar a corrigir eventual contaminação de interesses pela influência direta das empresas do setor. (NUSDEO, 2000, p. 189).

São patentes as dificuldades práticas da implantação de tal mecanismo. Em primeiro lugar, é certo que o grande número de atos normativos demandará número equivalente de técnicos para analisá-los dentro da SEAE. Ainda, é visível que, de certa forma, tal mecanismo possa atrasar a produção normativa, impondo-lhe ônus maiores, indo de encontro às características do Direito Administrativo Econômico, o qual exige respostas céleres e flexíveis aos problemas³⁵. Indiscutível, porém, é que tal instrumento representa eficaz controle da atuação normativa das agências e facilita o controle posterior dos efeitos anticompetitivos das condutas.

³⁵ Para as características do Direito Público da Economia, tais como a heterodoxia da produção normativa e acentuado caráter técnico das decisões ver Mateo (1985, p. 15-26).



Vale lembrar que o processo de produção das normas setoriais contempla período de consulta pública, que precede a adoção dos atos normativos, durante o qual se possibilita a discussão acerca dos efeitos dos dispositivos a serem implantados. É nesse espaço que as autoridades de concorrência podem atuar. Maior participação delas em tal período seria meio eficaz de controle dos efeitos anticompetitivos das normas setoriais. (NUSDEO, 2000, p. 185). Nesse sentido, a melhor sugestão é a do Projeto de Lei 5.877/2005, que, pelo seu art. 19 transcrito *supra*, oportuniza a atuação da SEAE durante as consultas públicas, o que não atrasaria o processo de produção.

5. Conclusões

As concepções modernas de regulação e de concorrência contemplam a relação de complementaridade entre as duas figuras. Chegou-se ao entendimento de que o direito da concorrência, derivado dos princípios constitucionais da ordem econômica, é aplicável a todos os setores da economia inclusive aos setores regulados. Isso se confirma pela vinculação dos entes reguladores a tais princípios, a sujeição deles ao cumprimento da Lei 8.884/94 e as disposições setoriais que contemplam, dentro da política regulatória, a liberdade de concorrência.

Portanto, a função de regulação prudencial dos setores realizada pelas autoridades de regulação harmoniza-se com a função de adjudicação concorrencial realizada pelas autoridades de concorrência. Os espaços de atuação são definidos pelo ente regulador no seu papel de introdutor gradual da concorrência e devem ser identificados pelas autoridades de concorrência, para que atuem na sua proteção. A aplicação do direito antitruste deverá levar em conta o princípio da proporcionalidade e do interesse público.

As imunidades implícitas ou explícitas ao antitruste devem seguir critérios legais, auxiliados pelos jurisprudenciais, na exata medida da harmonização dos princípios constitucionais da ordem econômica. A análise da normativa setorial é fundamental para compreender os parâmetros econômicos do mercado relevante e a configuração do abuso do poder econômico.

No entanto, em setores regulados, o CADE não deve interpretar nem aplicar especificamente a normativa setorial. É reservado às autoridades de concorrência, entretanto, o papel de colaborar com a promoção da concorrência, através de recomendações e sugestões e da participação nas consultas públicas para contribuir com a construção do marco regulatório. É razoável também conceber atuação mais interventiva do CADE na promoção de tais espaços em caso de graves prejuízos à concorrência, quando inexistir regulamentação necessária ou adequada.

No que se refere aos mecanismos jurídicos disponíveis para o controle das condutas danosas lastreadas por moldura regulatória, observa-se que são de variada natureza. Podem ir desde a censura até a ação direta de inconstitucionalidade. Pode o CADE requerer medidas de cessação da prática, e, através de sua Procuradoria, pleitear medidas judiciais, ou ainda, elaborar representação ao Ministério Público Federal.

A solução mais efetiva, porém, é a articulação prévia das autoridades de concorrência com os entes reguladores na compreensão dos efeitos das disposições normativas setoriais, que é a tônica tanto do Projeto de Lei das Agências quanto do Projeto que reforma o SBDC.

6. Bibliografia

- ARAGÃO, Alexandre Santos. (2004). *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 524 p.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. (1999). *Principios de Derecho Público Económico. (Modelos De Estado, Gestión Pública y Regulación Económica)* Granada: Comares e Fundación de Estudios de Regulación. 933 p.
- BRUNA, Sergio Varella. (2003). *Agências Reguladoras: Poder Normativo, Consulta Pública, Revisão Judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 287 p.
- COELHO, Fábio Ulhoa. (1995). *Direito Antitruste Brasileiro – Comentário à Lei Antitruste*. São Paulo: Saraiva. 171 p.
- CORREA, Paulo. & PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. (2005). *Delegação de Funções para Agências Reguladoras Independentes: Mudanças Propostas pelo Projeto de Lei n ° 3.337/04*. Coletânea de Artigos. Gustavo Binenbojm (org.) Rio de Janeiro, mimeo.
- FERRAZ, Sérgio (2003). “Regulação da Econômica e Livre Concorrência: uma Hipótese” *Revista de Direito Público da Economia* n. 1 p. 202-213, jan/fev/mar, Belo Horizonte: Fórum.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino. (2001). *Lei de Proteção da Concorrência*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 486 p.
- FORGIONI, Paula A. (2005). *Os Fundamentos do Antitruste*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 571 p.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. (2001). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, 10 ed. Madrid: Civitas. 828 p.
- GRAU, Eros Roberto. (2000). *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5 ed. São Paulo: Malheiros. 366 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. (2002). *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. 639 p.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (2003). “Limites à abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal” *Revista de Direito Público da Economia* n. 1, p. 69-93, jan/fev/mar, Belo Horizonte: Fórum.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (2005) “A Articulação entre Regulação Setorial e Regulação Antitruste” *Regulação Brasil. n° 1, Ano 1*. Porto Alegre, Associação Brasileira de Agência de Regulação (ABAR org.), p. 69-87, 147 p.

MARTÍN MATEO, Ramón. (1985). *Derecho Público de la Economía*. Madrid: Ceura.

MELO, Murilo Otávio Lubambo. (2005a). “Considerações sobre o Poder Normativo das Agências Reguladoras e a Defesa da Concorrência nos Mercados Regulados” *Anais Eletrônicos do IV Congresso Brasileiro de Regulação*. maio 2005, Tropical Hotel, Manaus. Promoção Associação Brasileira de Agências de Regulação (ABAR). Disponível em CD ROM.

MELO, Murilo Otávio Lubambo. (2005b). *Regulação e Concorrência: Interface Jurídica*. Monografia (Conclusão de Curso). Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 95 p.

NUSDEO, Ana Maria. (2000). “Agências Reguladoras e Concorrência” *Direito Administrativo Econômico*. SUNDFELD, Carlos Ari. (org.) p. 159-189, São Paulo: Malheiros.

OLIVEIRA, Gesner. & RODAS, João Grandino. (2004). *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar. 350 p.

PEREIRA DA SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz. (2001) *Direito da Concorrência e Regulação dos Serviços Públicos*. Working Paper n.10/01, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/web/Anexos/Downloads/227.pdf>> Acesso em: 22 out. 2005

POSSAS, Mário. (2002). “Regulação e Incentivo à competição” *Regulação, Defesa da Concorrência e Concessões*. SARAVIA, Enrique; PECCI, Alketa & BRASÍLICO, Edson Américo (org). p. 59-68, Rio de Janeiro: FGV.

SALOMÃO FILHO, Calixto. (2001). *Regulação da Atividade Econômica - Princípios e Fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros. 159 p.

SALOMÃO FILHO, Calixto. (2002). *Direito Concorrencial: as Estruturas*. 2 ed. São Paulo: Malheiros. 374 p.

SALOMONI, Jorge Luis. (2000). “Regulação dos Serviços Públicos e Defesa da Concorrência da Argentina” *Direito Administrativo Econômico*. SUNDFELD, Carlos Ari. (org.) p. 211-238 São Paulo: Malheiros.