



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



**DEFESA DA CONCORRÊNCIA EM MERCADOS REGULADOS:  
*Soluções aos conflitos de competência entre o CADE e as Agências  
Reguladoras***

GUSTAVO RAMOS CARNEIRO LEÃO

Recife  
2006

**GUSTAVO RAMOS CARNEIRO LEÃO**

**DEFESA DA CONCORRÊNCIA EM MERCADOS REGULADOS:  
*soluções aos conflitos de competência entre o CADE e as  
Agências Reguladoras***

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração: Direito Público.

Linha de pesquisa: “Estado, Poder Regulador e Tributação”.

Projeto: “Controle judicial da administração e direito da regulação”.

Orientador: Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti.

Recife  
2006

Leão, Gustavo Ramos Carneiro

Defesa da concorrência em mercados regulados: soluções aos conflitos de competência entre o CADE e as agências reguladoras / Gustavo Ramos Carneiro Leão. – Recife : O Autor, 2006.

203 folhas.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2006.

Inclui bibliografia.

1. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - Brasil - SBDC. 2. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Brasil - CADE. 3. Concorrência - Proteção - Brasil. 4. Brasil. [Lei antitruste (1994)]. 5. Direito econômico - Brasil. 6. Direito da concorrência - Brasil. 7. Agência reguladora - Brasil. 8. Regulação jurídica - Brasil. 9. Agência reguladora - Poder normativo - Brasil. 10. Abuso do poder econômico. I. Título.

339.137:34(061.3)  
343.8107

CDU (2.ed.)  
CDD (22.ed.)

UFPE  
BSCCJ2006-023

**GUSTAVO RAMOS CARNEIRO LEÃO.**

**DEFESA DA CONCORRÊNCIA EM MERCADOS REGULADOS:**

**Soluções aos Conflitos de Competência entre o CADE e as Agências**

**Reguladoras.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração: Direito Público  
Orientador: Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti.

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: Aprovado e defendido

Professor Michel Zaidan Filho, Dr. UFPE

Julgamento: Aprovado e defendido Assinatura: Michel Zaidan Filho

Professor Edilson Pereira Nobre Júnior, Dr. UFRN

Julgamento: Aprovado e defendido Assinatura: Edilson Pereira Nobre Júnior

Professor Marcos Antônio Rios da Nóbrega, Dr. UFPE

Julgamento: Aprovado e defendido Assinatura: M. A. R. da Nóbrega

Recife 09 de outubro de 2006

Vice-Coordenador: Prof<sup>o</sup> Dr. Torquato da Silva Castro Júnior

## RESUMO

LEÃO, Gustavo Ramos Carneiro. ***Defesa da concorrência em mercados regulados***: soluções aos conflitos de competência entre o CADE e as agências reguladoras. 2006. 203 f. Dissertação de Mestrado. Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

O presente trabalho se propõe a oferecer alternativa de desenho institucional no que toca à defesa da concorrência em mercados regulados. Em decorrência da reforma do Estado, a relação do Poder Público com a economia modificou-se sensivelmente, de maneira que a regulação passou a exercer papel de destaque no cenário contemporâneo. Por outro lado, a defesa da concorrência, instituto até então dedicado à iniciativa privada, começou a ser aplicado aos serviços públicos, agora privatizados. Em muitos momentos, há o choque entre a atuação da autoridade regulatória e a da autoridade de defesa da concorrência, sendo esse o problema enfrentado na pesquisa. A solução apresentada é a caracterização do CADE como entidade regulatória e a conseqüente prevalência de suas decisões frente às das agências reguladoras, ante sua especialidade.

Palavras-chave: livre concorrência, regulação, agências, conflito de competências.

## **ABSTRACT**

LEÃO, Gustavo Ramos Carneiro. Free competition defense in regulated markets: solutions to the concurrent jurisdictions between the CADE and the regulating agencies. 2006. 203 p. Master degree. Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

The present work aims at offering an alternative institutional drawing to the system of free competition defense in regulated markets. As a result of changes in the administrative framework, the relations between the government and the economy have been modified significantly, thus the regulation started to play a prominent role in the contemporary scenario. On the other hand, the idea of free competition defense, until then related only to open markets, began to be applied to the public services, now privatized. Quite frequently the procedures of the regulatory authority collide with the ones of the competition authority, and this conflict is precisely the object of the present research. The solution provided is considering CADE as a regulatory entity with power to impose its decisions upon the other regulatory agencies, due to its specialty.

Key words: free competition, regulation, agencies, conflict of jurisdictions.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	07
<b>CAPÍTULO 1 – A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO CONTEXTO BRASILEIRO</b> .....	24
1.1 CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E ORDEM ECONÔMICA.....	24
1.2 O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL.....	30
1.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1824.....	31
1.4 A CONSTITUIÇÃO DE 1891.....	34
1.5 A CONSTITUIÇÃO DE 1934.....	35
1.6 A CONSTITUIÇÃO DE 1937.....	39
1.7 O DECRETO-LEI 869, DE 18 DE NOVEMBRO DE 1938.....	43
1.8 O DECRETO-LEI 7.666, DE 22 DE JUNHO DE 1945.....	46
1.9 A CONSTITUIÇÃO DE 1946.....	49
1.10 A LEI 4.137, DE 10 DE SETEMBRO DE 1962.....	54
1.11 A CONSTITUIÇÃO DE 1967.....	57
1.12 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	60
1.13 A LEI 8.158, DE 08 DE JANEIRO DE 1991.....	66
1.14 A LEI 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994.....	69
<b>CAPÍTULO 2 – A FUNÇÃO REGULADORA E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA COMO MODALIDADE DE REGULAÇÃO</b> ....	79
2.1 A INSERÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ESTADO PÓS-MODERNO.....	85
2.2 A REGULAÇÃO, SEUS SUJEITOS E ATRIBUIÇÕES.....	88
2.3 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA COMO MODALIDADE DE REGULAÇÃO.....	98
2.4 VERDADE E EFICIÊNCIA — UM PARALELO ENTRE A SUPERAÇÃO DE VERDADE POSITIVISTA E O MITO DA EFICIÊNCIA.....	104
2.4.1 <i>A verdade no positivismo</i> .....	109
2.4.2 <i>A eficiência no direito econômico</i> .....	114
2.4.3 <i>Conclusões sobre a comparação</i> .....	122
<b>CAPÍTULO 3 – REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA</b> .....	127
3.1 O CASO DIRECTTV/SKY.....	130
3.2 O CASO FINASA SEGURADORA.....	133
3.3 O CASO GASPETRO/CS/GASPISA.....	148
3.4 O CASO COELBA.....	151
3.5 O CASO CPFL – COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ.....	154
3.6 DA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL.....	157
3.6.1 <i>A Espanha</i> .....	157
3.6.2 <i>A França</i> .....	159
3.6.3 <i>A Itália</i> .....	160
3.6.4 <i>O Reino Unido</i> .....	161

3.6.5 Os Estados Unidos.....	162
------------------------------	-----

**CAPÍTULO 4 – SOLUÇÕES AOS CONFLITOS DE COMPETÊNCIA  
ENTRE O CADE E AS AGÊNCIAS REGULADORAS.....163**

4.1 ARGUMENTOS EM DEFESA DO MODELO.....	177
---	-----

4.1.1 <i>A especialidade</i> .....	178
------------------------------------	-----

4.1.2 <i>Estabilidade e unicidade das políticas concorrenciais</i> .....	181
--	-----

4.1.3 <i>Inter-relacionamento de autoridades</i> .....	184
--	-----

4.1.4 <i>Aplicação, pelo CADE, da legislação da concorrência à luz da legislação reguladora e vice-versa</i> .....	185
--	-----

4.1.5 <i>Os riscos de captura</i> .....	188
---	-----

<b>CONCLUSÃO</b> .....	191
------------------------	-----

<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	197
---------------------------	-----

## INTRODUÇÃO

A idéia de defesa da concorrência surgiu antes mesmo da elaboração do conceito de livre iniciativa e da formação do Estado liberal. No entanto, até o início do liberalismo, a aplicação de normas atinentes à concorrência se prestava apenas à solução de conflitos tópicos, e não estava, necessariamente, ligada à figura estatal.

Para muitos, o *Sherman Act* (1890) norte-americano representa o marco inicial das questões jurídicas ligadas à concorrência, figurando como a solução encontrada para o problema das grandes concentrações econômicas do final do século XIX, formadas a partir da instituição de *corporations*, *pools* e *trusts*. O *Sherman Act*, contudo, está intimamente ligado ao contexto do liberalismo e à superação de suas mazelas, sendo clássica a visão paradoxal de que a intervenção do Estado para promover a concorrência e gerar eficiência era, ao mesmo tempo, uma forma de transformar o liberalismo, preservando-o como sistema econômico.

O contexto das guerras mundiais e a superação da crise de 1929 tiveram influência decisiva no reposicionamento do Estado frente à economia, e foi justamente esse o período em que se desenvolveu o conceito de Estado Social de Direito e predominou no Ocidente a figura do Estado *keynesiano*. Com a transferência para o Estado de muitas atribuições da iniciativa privada, a economia, bem como a geração de riqueza, ficou eminentemente dependente dos

planos ou políticas econômicas projetados para o país. Assim é que a concorrência deixa de ser um fim e passa a ser um meio. É o início da visão instrumental da concorrência, como meio de aplicação de políticas públicas, caracterizando o abandono da visão liberal de concorrência até então reinante.

Dentro desse contexto, são típicos os casos de monopólios tolerados e, muitas vezes, incentivados pelo Poder Público, dada a relação direta das necessidades de determinado mercado com os planos estatais para esses setores específicos. “À guisa de exemplo, lembre-se que há mais de um século os cartéis de armadores ingleses estão imunes da aplicação de qualquer lei restritiva interna, sendo apoiados pelo governo de seu país” (FORGIONI, 2005, p. 92).

Mesmo com a atual tendência de transferência à iniciativa privada de muitos setores até então explorados pelo Estado *keynesiano*, a idéia de instrumentalidade da concorrência se manteve incólume, e procura dentro desse novo panorama se encontrar na atual formatação institucional do Estado.

Essa relação direta e instrumental entre concorrência e políticas públicas é particularmente relevante para a conjuntura brasileira contemporânea. A passagem do modelo estatal nacional da fase moderna (*welfare state*) para a pós-moderna (BARROSO, 2003, pp. 16-22) – com o redimensionamento do Estado, o fim das restrições ao capital externo, a extinção dos monopólios estatais e as privatizações – criou um fértil e amplo campo de atuação da disciplina concorrencial.

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, sobre o Estado como ente regulador das atividades econômicas, observa que

“em relação a essa forma de intervenção, o que se constata é que com a redução do papel do Estado como agente da atividade econômica ela se torna mais relevante para assegurar os princípios básicos, os direitos dos destinatários da atuação dos produtores de bens e serviços e também de direitos coletivos e difusos” (CAVALCANTI, 1997, pp. 67-75).

Essa transferência da exploração direta de determinadas atividades para a iniciativa privada enseja ao Estado a necessidade de intervir nesses setores específicos, dessa sorte com o que se chama de intervenção leve ou pró-sociedade. Devido à peculiaridade desses mercados, cria o Estado entes reguladores com independência suficiente a dar suporte a decisões ou regulamentações eminentemente técnicas. No dizer de João Bosco Leopoldino da Fonseca, “como as atividades econômicas privatizadas são de grande diversidade e de especialidades bem demarcadas, o Estado cria *agências* também diversificadas e especializadas para o exercício das incumbências constitucionais” (FONSECA, 2004, p. 295) (arts. 174 e 175, CF).

Essas *agências* setoriais e especializadas são incumbidas de regular mercados específicos e de instrumentalizar a aplicação de políticas públicas nesses mercados, por meio de ‘funções’ (JUSTEN FILHO, 1997, pp. 28-37) de constitucionalidade duvidosa, pois se valem do plexo funcional clássico, administrativo, legislativo e judicial (art. 2.º, CF).

Contudo, a criação das agências reguladoras não esvaziou a 'função' estatal de defesa da concorrência. Ao contrário, potencializou sua utilidade e criou para o 'órgão' concorrencial nacional, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, novas fronteiras de atuação, antes pouco freqüentadas, tendo em vista que esses mercados eram explorados monopolisticamente pelo Estado.

É inegável que divergem, e em muitos casos se opõem, os escopos de atuação do 'órgão' regulador da concorrência e da agência reguladora do respectivo mercado. No caso concreto, seja na análise de estruturas, seja na verificação de condutas, a definição do modelo ótimo de concorrência pode esbarrar nas políticas regulatórias estabelecidas pela agência. É esse embate entre o 'órgão' da concorrência e a agência reguladora o objeto do presente estudo.

O trabalho se concentrou no contexto brasileiro. É bem verdade o fato de uma das fontes de pesquisa ser a busca na experiência estrangeira – legislativa ou jurisprudencial. Isso se dá, contudo, em razão da imprescindibilidade de serem explicados muitos conceitos – quase sempre importados – utilizados no Brasil, assim como de serem sugeridas soluções aplicáveis à realidade local.

Como marco temporal, embora o CADE exista como autarquia desde 1994, a pesquisa se concentrou no período posterior a 1996, ano de surgimento da primeira agência reguladora no Brasil.

Não se podem olvidar as relações diferenciadas existentes entre as várias agências reguladoras e o CADE na promoção de defesa da concorrência. A ausência de sistematização legislativa do tema no Brasil, que ainda é tratado de forma fragmentada nos mais diversos mercados regulados, não ilide o caráter acadêmico que pode ser dado à matéria, com a utilização do que Calixto Salomão Filho chama de ‘teoria jurídica’ para o controle dos comportamentos econômicos e suas estruturas. Aliás,

“o Direito vê o conhecimento de maneira diversa das Ciências Sociais. Enquanto para estas o conhecimento é algo eminentemente empírico – seja ele teórico, como querem os marxistas dogmáticos e os neoclássicos, ou prático, como quer Hayek –, para os teóricos do Direito o conhecimento é algo eminentemente valorativo” (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 42).

Isso significa a libertação do direito, antes encarado como mero servo das regras econômicas absolutas ou dos poderosos aparatos políticos institucionalizados, e sua aplicação para a efetivação das mudanças sociais.

Essa foi a razão pela qual não se delimitou um mercado específico para ser estudado, pois a proposta era encontrar, pela aplicação da teoria jurídica do direito da concorrência, um critério racional de delimitação da abrangência da atuação do CADE frente aos mercados regulados, independentemente dos critérios legislativos postos de forma aleatória.

Esse afastamento da pesquisa unicamente dirigida à solução dos casos concretos, casuística, é a mola mestra do caráter teórico que se pretendeu dar ao

trabalho. A teoria é justamente isto, a busca de uma regra geral, independente dos casos concretos; uma abstração, pela criação de uma regra racional aplicável aos casos específicos, indistintamente (ALEXANDER, 1995, p. 12).

Ao manter contato direto com o objeto de estudo, o pesquisador, mesmo tentando buscar uma visão teórica, afastada dos casuísmos e dos preconceitos, nunca parte do zero, ou seja, de uma mente desprovida de quaisquer valores pré-adquiridos. Nesse contato com os fenômenos, o ser já traz em si sua formação pessoal adquirida desde a infância até os estudos preliminares que lhe permitiram ingressar na pesquisa científica. Isso inclui, sem dúvida, os casos concretos já vivenciados ou estudados casuisticamente, 'sem teoria', os chamados "elementos apriorísticos" (ALEXANDER, 1995, p. 15).

Tal assertiva parece construir uma aparente contradição, ou um ciclo metodológico infinito, no qual o estudioso jamais encontraria um ponto inicial seguro do qual pudesse partir para sua pesquisa. O ciclo da indução – na qual se parte dos fatos observados à elaboração de leis e teorias – à dedução – na qual, a partir das leis e teorias, prevêem-se e explicam-se os fatos concretos. O problema reside no fato de que o pesquisador, ao deparar com o evento e analisá-lo comparativamente a outros, já partiu de um conhecimento inicial que lhe proporcionou relacioná-los e compará-los, em detrimento de infinitos outros que descartou, pois não se enquadravam em sua idéia inicial acerca do tema. Essa escolha inicial dos fatos a serem estudados, bem como a ótica sob a qual esses

fatos serão observados, decorre principalmente do elemento histórico, da historicidade ínsita em cada ser (GADAMER, 2004, *passim*).

Metodologicamente, a pesquisa se inclinou para o indutivismo, ou seja, a partir da análise dos casos concretos (finitos) escolhidos segundo o critério de importância inerente ao autor<sup>1</sup>, almejou-se uma generalização, uma lei universal – obviamente no sentido de sempre ser observável quando postos os elementos factuais levados em conta no trabalho, ou, em outras palavras, apenas no domínio cognitivo a que pertence (MATURANA, 2001, p. 145). Para tanto, foram levados em conta três aspectos básicos: o número de casos observados foi considerável dentro do universo possível; as observações foram feitas em diversas condições; nenhuma proposição dos casos observados contrariou a lei universal derivada (CHALMERS, 1993, p. 26).

O estancamento do trabalho no indutivismo impede a verificação da teoria bem como a sua aplicação prática. É aí que se revela a face dedutivista da pesquisa ora apresentada: utilizou-se a teoria construída, verificando-se sua adequação aos fatos, a fim de testá-la, bem como utilizá-la na solução de conflitos concretos, ao menos de maneira simulada (POPPER, 1978, p. 27)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Não é porque os critérios de escolha são relacionados à historicidade do pesquisador que sejam irracionais ou tendenciosos. A escolha dos casos a serem estudados se deu da maneira mais objetiva possível, dentro dos critérios de repercussão, complexidade e representatividade. Ademais, isso não apresenta maiores problemas, tendo em vista ser a matéria bastante recente. Isso significa que os casos nacionais selecionados representam boa parte das ações julgadas pelo CADE sobre o tema. Quanto à experiência estrangeira, além dos três critérios apontados, outro de suma importância foi a similaridade com as experiências nacionais, de modo a potencializar a utilidade do exemplo citado ao trabalho.

<sup>2</sup> “Nas ciências, trabalhamos com teorias, isto é, com sistemas dedutivos. Há duas razões para isso. Em primeiro lugar, uma teoria ou um sistema dedutivo é uma tentativa de explicação e, conseqüentemente, uma

É de bom alvitre registrar não ser a intenção do trabalho elaborar uma fórmula teórica destinada a resolver todos os problemas crônicos da matéria. Esta pesquisa caracteriza-se como uma reflexão sistematizada do tema, com proposições no sentido de acrescentar mais um ponto de vista nessas discussões, sem nenhuma ambição inventiva que se possa classificar como “síndrome de eureka” (MERTON, 1979, pp. 71-73).

A perspectiva teórica não induz o entendimento de uma atuação uniforme do CADE nos mais diversos mercados regulados. As peculiaridades de cada setor, que inspiram a forma como o interesse público se manifestará, seja pela prevalência da concorrência, seja pela prevalência da regulação, integram a cadeia de previsibilidade racional da teoria jurídica, com gênese inserida na idéia denominada pela doutrina americana de “desregulação” (SUNDFELD, 2001, p. 5).

O argumento racional definidor dos critérios de delimitação da atuação CONCORRÊNCIA x REGULAÇÃO – embora distintos entre si nos diversos mercados regulados –, apresenta para a teoria jurídica identidade metodológica. É essa identidade que se procurou identificar no estudo ora proposto.

As circunstâncias expostas até aqui demonstram a relevância assumida pelo tema nos últimos anos. Com a transferência da exploração direta de muitos serviços públicos para a iniciativa privada, criou-se um vácuo normativo que vem

---

tentativa de solução de um problema científico – um problema de explicação. Em segundo lugar, uma teoria, um sistema dedutivo, pode ser criticado racionalmente através de suas conseqüências. É, então, uma solução

sendo preenchido paulatinamente pelos atores envolvidos, especialmente o CADE e as agências reguladoras.

O confronto entre CADE e agência, contudo, não é exclusivo nos mercados de serviços públicos privatizados. Porém, é neles que ganha maior relevo, dada a nítida característica de maior presença estatal na atividade reguladora, herança do período de exploração direta. Alguns dos embates envolvem questões estruturais diretamente ligadas ao desenvolvimento, propiciando um debate multidisciplinar, nem sempre eminentemente teórico, mas muitas vezes impulsionado pelas mais diversas pretensões poucas vezes coincidentes com o interesse público, conceito já bastante fluido.

É evidente a relevância do debate acerca da constitucionalidade dos institutos recém-ingressos no ordenamento jurídico pátrio por meio da reforma administrativa. No entanto, essa reflexão não pode implicar a negação absoluta das relações jurídicas decorrentes desse fenômeno, mormente por ser uma realidade mundial, inafastável, portanto, do contexto jurídico brasileiro.

Ademais, a ortodoxia doutrinária não deve redundar na prisão da realidade – em constante mutação – aos conceitos formais positivados<sup>3</sup> (POPPER, 1978,

---

experimental, o objeto da crítica racional. Tanto quanto o sistema de crítica o é para a lógica formal”.

<sup>3</sup> “Nossa ignorância é sóbria e ilimitada. De fato, ela é, precisamente, o progresso titubeante das ciências naturais (ao qual alude minha primeira tese), que, constantemente, abre nossos olhos mais uma vez à nossa ignorância, mesmo no campo das próprias ciências naturais. Isto dá uma nova virada na idéia socrática de ignorância. A cada passo adiante, a cada problema que resolvemos, não só descobrimos problemas novos e não solucionados, porém, também, descobrimos que aonde acreditávamos pisar em solo firme e seguro, todas as coisas são, na verdade, inseguras e em estado de alteração contínua”.

p.13). O direito deve estar preparado para as transformações, devendo figurar, em muitos casos, como o próprio motor das inovações, de forma a inserir no debate questões inerentes à distributividade e à promoção da justiça social.

Logo, compete à academia do direito dar a sua contribuição na conformação do novo modelo de Estado, e não deixar esse modelo ser ditado apenas por economistas e políticos<sup>4</sup>. A pesquisa jurídica se insere nesse contexto tanto no seu critério científico, no qual procura descrever e criticar seu objeto, como no seu critério dogmático, destinado a, diante dos conflitos decorrentes das normas jurídicas postas, apresentar alternativas de decisão e estratégias de argumentação (ADEODATO, 1997, p. 207).

Assim, a forma da inserção da concorrência, instrumento de implementação de políticas públicas, nos mercados regulados, que já sofrem a influência regulatória das agências, necessita de uma delimitação precisa do papel de cada um dos entes públicos envolvidos, bem como de quando haverá prevalência de um sobre o outro.

Trazendo essa discussão para a prática, Gesner Oliveira observa:

“O foco da agência regulatória setorial reside, por seu turno, nos monopólios naturais temporários. As condições de produção nestes últimos fazem com que uma única empresa tenha custos marginais sempre decrescentes à medida que

---

<sup>4</sup> “Exemplo nesse sentido pode ser tomado nas decisões atuais do CADE, em que o raciocínio econômico atinge altos níveis teóricos, porém a realidade vem demonstrar a sua carência. Esse excessivo *economismo* de suas decisões por vezes leva a enganos que o rigor econômico desconhece” (SOUZA, 2005, p. 273).

aumenta sua atividade, fazendo com que a maneira mais eficiente (isto é, de menor custo médio) seja a produção por uma única firma. Daí a necessidade de o regulador estabelecer regras setoriais específicas que impeçam o monopolista natural de abusar de sua posição. (...) tal atividade guarda estreita relação com a da autoridade de defesa da concorrência. Isto porque a boa regulação é aquela que mimetiza da melhor maneira possível o mercado competitivo, fazendo convergir o objeto de análise dos dois tipos de autoridade. Além disso, na prática, um segmento regulado abrange vários sub-seguimentos que não são necessariamente monopólios naturais e que, portanto, prescindiriam de regulação específica” (OLIVEIRA, 2003, p. 17).

A fundamentação teórica do estudo ora proposto se apoiou nas mais diversas fontes do direito econômico, em seu viés antitruste, especialmente nas pesquisas de legislação, doutrina e jurisprudência. Em algumas oportunidades, foi inevitável recorrer aos manuais, que regra geral pecam pelo excesso de generalização e pela pouca profundidade, mas que, entretanto, oferecem uma visão global do tema, útil ao trabalho, bem como, em certas ocasiões, demarcam o posicionamento de determinado estudioso sobre certa questão, ainda não tratada de forma minuciosa em artigo específico. Essa leitura, destarte, foi utilizada sempre de maneira bastante rigorosa e crítica, de modo a evitar os “manualismos” e “reverencialismos” (LUCIANO OLIVEIRA, 2004, pp. 143-145).

No mais das vezes, se procurou utilizar como fontes de pesquisa os artigos especializados, eis que atentam de forma mais rigorosa às exigências acadêmicas de profundidade e riqueza (ADEODATO, 1997, p. 210). A fonte direta, neste

trabalho, também foi bastante prestigiada, com o estudo de legislação e jurisprudência – nacionais e estrangeiras.

Diversas escolas procuram encontrar o modelo ‘ótimo’ de disciplina da relação do direito com a economia e a política, no estabelecimento de projetos econômicos. Contudo, o certo é: não há um modelo ideal de atuação. Não se espera da teoria jurídica da concorrência uma explicação universal e generalista.

Quando a pesquisa ora defendida se propõe a encontrar o modelo racional de delimitação das atribuições do CADE frente às agências reguladoras, não se ignora essa constatação. Ao contrário, o reconhecimento do caráter instrumental da concorrência, com seu modelo definido a partir das exigências conjunturais, deixa ínsita a necessidade de levar em conta tais fatores condicionantes.

Paula A. Forgioni pondera que

“o direito (ou o sistema jurídico) é diretamente ligado às suas realidades histórica, econômica e social, que não são as mesmas de outros direitos. Entretanto o sistema jurídico não é apenas modificado pela realidade que o circunscreve, mas também age de modo a modificá-la, em uma relação simbiótica”. Assim, conclui: “A Lei Antitruste desempenhará, em determinado sistema jurídico e momento histórico, função diversa daquela desempenhada em outros sistemas, em outros momentos. Fácil perceber, portanto, que as discussões excessivamente gerais sobre os objetivos da Lei Antitruste, sem que seja determinada a lei e o momento de que se trata, são, de certa maneira, estéreis” (FORGIONI, 2005, pp. 163-164).

Para a Escola de Harvard, o modelo do *workable competition*, ou concorrência viável, espelha a necessidade de dissolver as excessivas concentrações econômicas do mercado, a fim de propiciar a fluência equilibrada das relações econômicas.

Contra esse posicionamento, surgiu a Escola de Chicago, refutando a tese de busca incondicional da dissolução dos conglomerados econômicos e substituindo-a pela noção de 'eficiência alocativa'. Por meio da análise econômica, seria possível identificar as eficiências decorrentes das concentrações, tudo em prol do consumidor. A redução de custos, especialmente nos casos de integração vertical, não pode, para a Escola de Chicago, ser combatida pela autoridade antitruste irrestritamente, vez que são inegáveis as eficiências integradas ao sistema produtivo. O direito, nesse sentido, ocupa um papel eminentemente passivo, instrumental, nas análises econômicas. A partir dessas Escolas foram construídas as teorias mais recentes, inclusive as que incluem as questões valorativas (atinentes ao direito) no debate da concorrência.

Essa polêmica alimenta a disputa, presente também no CADE, pela prevalência ora da visão jurídica, ora da visão econômica da concorrência, o que se reflete na própria composição do órgão, que freqüentemente alterna a predominância de juristas e economistas<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Isto porque, pela redação do art. 4.º da Lei 8.884/94, o "Plenário do CADE é composto por um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notórios saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal"(sem grifos no original).

Do lado oposto, a visão radicalmente instrumental da concorrência na União Européia é intimamente ligada à consecução de seus objetivos políticos: “Um estudo crítico das vicissitudes políticas, econômicas e culturais pelas quais passou a Europa leva à convicção de que aquela parte do mundo trilhou sempre o caminho dialético marcado pelos esforços de unificação, de um lado, e pelas crises desagregadoras, de outro” (FONSECA, 2004, p. 170).

A América Latina se insere nessa comparação (EUA x UE), pois pretende, e precisa, utilizar o direito da concorrência também de maneira instrumental. Contudo, se por um lado também precisa superar as diferenças no processo de integração regional (seja no Mercosul, seja na temporariamente estagnada ALCA), por outro é premente o direcionamento da política econômica ao processo de industrialização, exigindo em parte o processo de acumulação de riqueza, a fim de dar suporte aos pesados investimentos que são necessários ao custeio da infraestrutura.

Essas três realidades distintas caracterizam a mutabilidade do escopo do direito da concorrência em função da conjuntura econômica e política. O estudo da concorrência nessas distintas realidades não é o objeto principal deste trabalho, mas serviu, e muito, na formulação da base teórica que sustentou a pesquisa. Como dito, o estudo é direcionado à realidade brasileira, mas a experiência estrangeira deu suporte à pesquisa: a uma, porque muitos dos institutos utilizados são importados, sendo relevante a contextualização de sua gênese; a duas, porque o fenômeno da integração regional e da internacionalização da economia

força os Estados a adotarem sistemas unificados, ou ao menos compatíveis; a três, porque há uma forte influência dos ‘órgãos’ de defesa da concorrência internacionais na jurisprudência do CADE.

Na realidade brasileira, foi fundamental a pesquisa minuciosa da legislação concorrencial, bem como o estudo tópico da jurisprudência, especialmente do CADE, à luz da Constituição de 1988. A análise documental se pautou sempre pelo critério qualitativo, com vistas à análise de conteúdo (BAUER, 2003, p. 190). No dizer de Eros Roberto Grau,

“a ordem econômica (mundo do dever ser) produzida pela Constituição de 1988 consubstancia um meio para a construção do *Estado Democrático de Direito* que, segundo o art. 1.º do texto, o Brasil constituiu. Não o afirma como *Estado de Direito Social* – é certo –, mas a consagração dos *princípios da participação* e da *soberania popular*, associada ao quanto se depende da interpretação, no *contexto funcional*, da totalidade dos princípios que a conformam (a ordem econômica), aponta no sentido dele”. (...) “a inexistência de contradição entre tais princípios, a textura das regras constitucionais consideradas e, ainda, a atribuição, à sociedade, de legitimidade para reivindicar a realização de políticas públicas podem fazer do Estado efetivo agente – por ela responsável – da promoção do bem-estar” (GRAU, 2004, p. 274).

Portanto, a utilização do embasamento teórico (estrangeiro ou nacional), bem como a análise de jurisprudência (concentrada principalmente nos julgados do CADE), se deu sempre à luz da Ordem Econômica da Constituição de 1988, como forma de contextualizar o direito concorrencial no Brasil.

O emprego da ‘teoria da captura’ se apresenta também, e especialmente no Brasil, como de extrema utilidade na redução da interferência do poder econômico na formação da ‘vontade’ do CADE ou da agência reguladora. Isso porque, no dizer de Sérgio Buarque de Holanda,

“o desconhecimento de qualquer forma de convívio que não seja ditada por uma ética de fundo emotivo representa um aspecto da vida brasileira que raros estrangeiros chegam a penetrar com facilidade. E é tão característica, entre nós, essa maneira de ser, que não desaparece sequer nos tipos de atividade que devem alimentar-se normalmente da concorrência. Um negociante de Filadélfia manifestou certa vez a André Siegfried seu espanto ao verificar que, no Brasil como na Argentina, para conquistar um freguês tinha necessidade de fazer dele um amigo” (HOLANDA, 1995, pp. 148-149).

O primeiro capítulo é dedicado às políticas de defesa da concorrência no Brasil, sua evolução legislativa e constitucional até a Lei 8.884/94, a atuação do CADE como ‘tribunal de concorrência’ e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Nessa parte do trabalho também foram abordadas as propostas de alteração da Lei 8.884/94 e do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

A segunda parte do trabalho aborda a reforma administrativa no Brasil e a criação das agências reguladoras. Essa reflexão foi feita à luz da reformulação da teoria do serviço público ante o Estado pós-moderno, com as privatizações e a determinação de controle tecnicista dos mercados regulados – por intermédio das agências reguladoras –, e o conseqüente problema de sua legitimidade. Nessa oportunidade se desenvolve a idéia da concorrência como modalidade de regulação, ponto fulcral à conclusão obtida, além de se abordar, desconstruindo, o

argumento de prevalência irrestrita das decisões tidas por técnicas sobre as que se utilizam de critérios valorativos.

O terceiro capítulo estuda alguns precedentes do CADE envolvendo a matéria, assim como perfunctoriamente se observa a experiência estrangeira.

No quarto e último capítulo são apresentadas contribuições à solução dos conflitos entre o órgão da concorrência e as agências reguladoras com fundamento nos estudos desenvolvidos no trabalho, mediante um modelo de desenho institucional formulado, bem como se apresentam os argumentos que sustentam a aplicabilidade do modelo.

Por fim, no fechamento, após as considerações gerais, são destacadas pontuadamente as conclusões a que se pode chegar em razão do estudo desenvolvido.

## **CAPÍTULO 1 – A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO CONTEXTO BRASILEIRO**

A fim de dar uma visão panorâmica do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos em que atua nos dias de hoje, necessário se faz, ainda que de maneira sucinta, realizar um apanhado histórico das sucessivas legislações concorrenciais brasileiras, assim como, também resumidamente, eis que tal não é o objetivo do presente trabalho, contextualizar o controle concorrencial às ordens econômicas adotadas pelo Brasil, diferenciando-se, a princípio, os conceitos teóricos de ‘constituição econômica’ e ‘ordem econômica’.

### **1.1 CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E ORDEM ECONÔMICA**

O desenvolvimento histórico da legislação concorrencial no Brasil está atrelado, como não poderia deixar de ser, à evolução das sucessivas constituições econômicas por que passou o Estado nacional.

A existência de uma constituição econômica, suposição que por si só já é objeto de inúmeras discussões, neste trabalho é encarada, à guisa de corte epistemológico, nos termos das considerações de Celso Ribeiro Bastos (BASTOS, 2000):

“É o conjunto de normas voltadas para a ordenação da economia, inclusive declinando a quem cabe exercê-la. A Constituição, por ser o elemento fundamental para todos os atos do Estado (administrativos, legislativos e jurisdicionais), acaba sempre tomando uma posição em face da matéria econômica. Se ela não tiver normas explícitas sobre ela,

prevalece o que poderíamos chamar uma ordem econômica implícita, qual seja, a resultante da regulação de determinados direitos, como o de propriedade e o da liberdade de trabalho. Eis que estes vão naturalmente dar lugar a uma ordem econômica baseada da livre iniciativa. Portanto, a ausência de posições assumidas pela Carta Magna ante o fenômeno econômico é próprio dos regimes liberais”.

Dessa maneira, a estrutura de exploração e distribuição dos bens materiais e imateriais do país não precisa, necessariamente, estar explicitamente delineada no texto constitucional para que se possa falar em constituição econômica. O sistema constitucional, analisado panoramicamente, já informa a estrutura sobre a qual as demais normas infraconstitucionais devem se apoiar.

A escassez desse tipo de norma constitucional representa uma posição política adotada pelo constituinte no sentido de adotar uma constituição econômica, em princípio, mais liberal.

Por outro lado, a instituição de um amplo sistema intervencionista na constituição, com inúmeras restrições à atividade econômica – leia-se restrições não apenas como vedações, mas também como incentivos e instituição de princípios norteadores –, não caracteriza uma maior ou melhor constituição econômica, mas reflete uma outra posição política adotada pelo constituinte.

Em outras palavras, a edição de normas referentes a uma dita ordem econômica representa dado tão relevante para a identificação da constituição

econômica quanto a sua omissão; ambas as hipóteses são posições políticas de igual importância ao intérprete. Nesse sentido:

“As Constituições liberais não necessitavam, no seu nível (delas, Constituições liberais), dispor, explicitamente, normas que compusessem uma ordem econômica constitucional. A ordem econômica existente no mundo do ser não merecia reparos. Assim, bastava o que definido, constitucionalmente, em relação à propriedade privada e à liberdade contratual, ao quanto, não obstante, acrescentavam-se umas poucas outras disposições veiculadas no nível infraconstitucional, confirmadoras do capitalismo concorrencial, para que se tivesse composta a normatividade da *ordem econômica liberal*” (GRAU, 2004, p. 64).

Não se imagine, contudo, ser automática a conclusão de que quanto mais normas econômicas haja (direta ou indiretamente) numa constituição, menor seja a sua feição liberal. A análise não deve ser quantitativa, mas qualitativa, sendo relevante para tanto uma apreciação do seu conteúdo axiológico.

Esse conteúdo valorativo não é de ser verificado isoladamente nas normas de conteúdo econômico. Requer-se, para tanto, a ponderação de todos os valores abarcados pela constituição política, num processo de recíproca informação.

A criação de uma constituição representa um processo de ruptura do sistema jurídico até então vigente. Essa ruptura não significa necessariamente alteração imediata e radical das estruturas postas. Antes de qualquer coisa significa uma mudança de paradigmas, de maneira que ao lado da função normativa, essencial em toda norma, vem uma modificação dos rumos a serem seguidos. Em essência, uma mudança de valores.

Esses valores, sejam inseridos ou reafirmados pela nova ordem constitucional, corporificam o espírito do sistema jurídico instaurado, sendo necessário haver, para o harmônico funcionamento desse organismo, coerência e compatibilidade entre os valores e a interpretação que a eles se dará. Por se tratar de um processo político, e não meramente acadêmico ou científico, a acomodação de inúmeros interesses antagônicos no texto da constituição pode ocasionar não poucas contradições no sistema jurídico recém-criado.

Por essa razão não se pode isolar a constituição econômica das demais normas constitucionais. Essa indissociabilidade leva à conclusão de que a constituição econômica é formada não apenas de normas constitucionais que tratam diretamente do tema, mas também de sua recíproca compatibilização com os demais valores instituídos.

A partir da constituição econômica – principalmente de seu conteúdo material ou axiológico –, e com base nela, é que se funda a ordem econômica. Esta constitui a base normativa segundo a qual os fatos a ela atinentes serão regulados.

Isso porque, quando se fala em ordem econômica (do ponto de vista jurídico), não se trata da ordem fática estabelecida, não se cogita um retrato de como se concatenam as relações sociais no mundo empírico, mas se apresenta uma proposição normativa considerada do ponto de vista do *dever-ser*, portanto, jurídico. Nesse sentido, Eros Roberto Grau observa:

“Com efeito, corrigindo o equívoco – pelo qual me penitencio – de tomar a ordem econômica como ‘conjunto de princípios (apenas de princípios) jurídicos de conformação do processo econômico, desde uma visão macrojurídica...’, no que indevida restrição do seu significado, a descrevo, agora, como o conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica. Assim, ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser)” (GRAU, 2004, p. 63).

Nesse ponto se reafirma a necessidade de contextualizar a ordem econômica no âmbito da ordem constitucional. O conteúdo normativo da ordem econômica, caracterizada como uma prescrição da seara do *dever-ser*, não representa uma descrição da realidade empírica, mas uma prescrição transformadora, criadora, inspirada nos valores fundantes do sistema normativo como um todo.

Por outro lado, a constituição não cria, em geral, ao menos no tocante aos valores fundantes do sistema, um projeto datado, com objetivos esgotáveis. Ao contrário, trata de legitimar-se no tempo pela perpetuidade de seus objetivos, ao menos até que se tenha fundada nova ordem constitucional.

O fato de esses valores, pela própria essência do termo, terem conteúdo bastante aberto conduz o intérprete a ter de contextualizá-los também dentro da conjuntura social.

A valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, por exemplo, não são objetivos cumpríveis, superáveis, mas valores que deverão nortear as decisões presentes e futuras, de maneira que, num determinado contexto, uma decisão pode ser adequada aos fins almejados pela constituição, mas, noutra, pode representar uma ação incoerente e incompatível com esses mesmos valores. Assim, a contextualização valorativa deve observar não apenas a ordem constitucional vigente, mas a sua relação com a conjuntura observada, de maneira que a sua aplicação concreta represente efetivamente a observância teleológica dos valores instituídos. Isso justifica, por exemplo, a legitimidade da modificação na orientação jurisprudencial sem que haja alteração normativa.

No âmbito da ordem econômica se inserem as normas do direito da concorrência, de maneira que a sua interpretação não pode ser dissociada da interpretação das demais normas integrantes da primeira.

Não é por acaso que no Brasil – e em geral nos demais países – as diversas alterações nas leis que tratam da defesa da concorrência não coincidem cronologicamente com as rupturas institucionais marcadas pela edição de novas constituições. A aplicação contextualizada dos princípios norteadores das diversas ordens constitucionais instauradas encontrou abrigo em legislações diversas, muitas vezes antagônicas. Assim, dentro de um mesmo sistema constitucional foi possível a adoção de sistemas de defesa da concorrência diversos.

A contextualização dos valores fundantes do sistema na realidade social propiciou inúmeras alterações legislativas, com considerável modificação das políticas de defesa da concorrência, sem que houvesse, contudo, afronta evidente ao sistema constitucional.

Logicamente não se olvida o fato de que em matéria de direito da concorrência estão envolvidos grandes interesses econômicos que por muitas vezes deformam a teleologia da ação estatal. Contudo, a crença no direito puro, imune a essas suscetibilidades, leva a uma indesejável ingenuidade. Quando se fala em adequação do sistema normativo aos reclamos sociais, está-se falando, também, do atendimento dos interesses desses grupos específicos.

Feitas essas considerações iniciais acerca da constituição econômica e da ordem econômica, é possível, para contextualizar o atual arcabouço normativo vigente, se elaborar um breve esboço da evolução do direito concorrencial no Brasil.

## 1.2 O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Como especificado no título do tópico, não se buscará relatar profundamente as ordens econômicas instauradas no processo histórico-político do Brasil, mas se buscará, tendo-as sempre como plano de referência, o foco na evolução da legislação de proteção à concorrência.

As duas primeiras constituições nacionais, assim como suas respectivas ordens econômicas, não apresentavam políticas de defesa da concorrência, até porque tais políticas ainda não vinham sendo aventadas nem mesmo nos países em que surgiram (EUA, por exemplo). No entanto, como forma de apresentação do panorama histórico-legislativo no qual se instaurou a primeira lei antitruste, essas duas cartas constitucionais serão incluídas no relato.

### 1.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1824

A Constituição de 1824 teve, entre todas, o maior período em vigência na história do Brasil, pelo fato de que, fortemente influenciada pelos princípios do constitucionalismo inglês (NOGUEIRA, 2001, p. 15), entendia como matéria constitucional apenas aquilo que diz respeito aos poderes do Estado e aos direitos e garantias individuais. Isso se verifica na redação do seu art. 178: “É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias”. Isso conferiu à Carta de 1824 grande maleabilidade, o que justifica sua longevidade, bem como o fato de em toda sua vigência só ter sofrido uma emenda (o ato adicional).

Em razão de sua forte influência liberal e da restrição das matérias tratadas em seu texto, a Carta de 1824 não dedicou espaço específico para a disciplina da ordem econômica. Isso, conforme já afirmado, não representa uma falha ou

mesmo um desinteresse do constituinte quanto à matéria. Ao contrário, nesse caso, o silêncio é bastante eloqüente.

Como dito, esse período histórico foi bastante marcado pela forte influência liberal, e suas fontes políticas e filosóficas exaltavam “o valor da *pessoa humana* como portadora de direitos que lhe foram conferidos pela própria natureza e acentuam a concepção de um *poder político limitado*” (FONSECA, 2004, p. 101).

Isso não quer dizer que o Brasil, a essa época, fosse um país de economia liberal, como os Estados Unidos. Ao contrário, de feição bastante conservadora, a Monarquia, bem como os governos que a sucederam, nunca conseguiu de fato implementar a política liberal que nas duas primeiras constituições vinha retratada. O atendimento dos interesses dos grupos econômicos, especialmente os produtores agrícolas, fez com que a intervenção estatal na iniciativa privada fosse sempre algo muito presente. Paula A. Forgioni observa:

“A questão que naturalmente se apresenta versa sobre o início da intervenção estatal na economia brasileira: em qual período identificamos seu nascimento? Sem a pretensão de discutir tema estranho ao objeto principal deste livro, tomamos por certo o fato de que a intervenção estatal, no Brasil, sempre houve.

Por exemplo, desde os tempos coloniais, a coroa portuguesa regulamentava a atividade econômica no Brasil (ainda que não para fomentá-la), implementando, como dissemos, uma política fiscalista. Ora, se não atuasse sobre a economia, como poderia implementar a referida política pública?

Durante toda a primeira república, no período que vai de 1889 a 1930, o Estado brasileiro já era um dos mais intervencionistas da América Latina, como bem assinala o professor de história da Universidade da Califórnia Steven

Topik, concluindo longa pesquisa sobre esse nosso momento político. O trabalho de Topik faz com que não possamos negar a atuação do Estado na e sobre a economia brasileira durante a primeira república” (FORGIONI, 2005, pp. 110-111).

A idéia de ser humano portador de direitos conferidos pela própria natureza reflete a justificativa utilizada no sentido de permitir ao cidadão exercer livremente a atividade econômica. Assim, por ser uma condição inata, não haveria justificativa para se restringir o exercício desse direito, por parte do cidadão, em razão de uma limitação imposta por um poder constituído pelo próprio homem.

Ao lado disso, e no mesmo sentido, a idéia de limitação ao poder político reforça a proteção dada à individualidade<sup>6</sup> em detrimento das invasivas intervenções estatais.

É por essa razão que, justamente no seu artigo sétimo, responsável pelo elenco dos direitos individuais, a Constituição de 1824 consagra a ‘liberdade pessoal’ (I), a ‘liberdade de indústria’ (IV) e a ‘inviolabilidade da propriedade’ (V).

Postos esses valores, propositadamente colocados no espaço destinado aos direitos individuais, já é possível estabelecer o perfil da ordem econômica instalada. Nesse sentido, não parece possível haver a possibilidade da instituição de políticas antitruste, a uma, pela intangibilidade da livre iniciativa por parte do

---

<sup>6</sup> Esse termo parece ser mais adequado do que ‘individualismo’ e ‘egoísmo’, comumente utilizados a fim de atribuir valor pejorativo a tais pensamentos, o que não é, de maneira alguma, o objetivo do presente trabalho.

Estado, a duas, pelo fato de, nesse período, ainda não se haver desenvolvido, nem nos Estados Unidos (onde foi criada), a idéia de proteção da concorrência.

#### 1.4 A CONSTITUIÇÃO DE 1891

As alterações políticas empreendidas pela Constituição de 1891 no regime constitucional anterior não significaram alteração na ordem econômica até então vigente, de forte influência liberal. O artigo 72 do seu texto, no parágrafo 17, manteve plena a propriedade privada, base do sistema liberal:

“Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes: (...) § 17. O direito de propriedade mantém-se em toda a plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria”.

Eventual restrição à exploração de minas foi a exceção no tocante à possibilidade de restrição estatal à dita atividade, o que, isoladamente, não tem o condão de descaracterizar o sistema de exploração da atividade econômica consagrado pela Carta de 1891.

As reformas políticas, contudo, não contemplaram os enormes reclamos decorrentes da péssima distribuição de renda. Muitas reformas sociais já vinham sendo promovidas em inúmeros outros países, fato que aquecia ainda mais o clima em desfavor da ordem constituída. A pressão por mudanças só fez

aumentar com a revisão constitucional de 1926, que nada de novo apresentou com relação às reclamadas ponderações a serem feitas sobre os fundamentos liberais<sup>7</sup>.

## 1.5 A CONSTITUIÇÃO DE 1934

A Constituição de 1934 surge no contexto de superação da crise econômica de 1929. A Grande Depressão, provocada pela crise do liberalismo, deprime drasticamente a atividade econômica. No Brasil, a fim de incentivar o reaquecimento da economia, o Estado inicia um processo de intervenção econômica, política que se prolonga por grande parte da década de 30.

A crença absoluta no liberalismo cede espaço às idéias emergentes na Europa da social-democracia, de maneira que a constituição, diferentemente das anteriores, amplia seu rol de matérias e inclui inúmeras outras, antes tidas como afetas à legislação ordinária. Nesse sentido:

“A constituição manteve a linha do anteprojeto no tocante a constitucionalizar matéria não-constitucional, e o fez, como reiteradamente temos afirmado, em consonância com o espírito da época e com o exemplo de Weimar e de outros códigos políticos em voga.

A motivação dessa infiltração foi, por certo, de cunho social, mas de lá a esta data as pressões têm logrado inserir no texto da Lei Maior mandamentos de pouca, ou nenhuma, natureza constitucional. Destinadas a garantir situações, não raro privilegiadas, terminam por transformar a Carta-Magna não em um instrumento do Governo para proporcionar o desenvolvimento nacional, notadamente na sua perspectiva

---

<sup>7</sup> Isso apenas sob o ponto de vista da ordem econômica, eis que, por exemplo, muitos avanços foram verificados na área trabalhista, com a transferência da competência legislativa dessa matéria para a União.

jurídica, impedidas de aprimorarem-se através da legislação ordinária.

Assim, além da matéria de Direito Civil (família e casamentos) e Direito Administrativo (cemitérios), já referidas, houve também o Título VII (arts. 168/173) sobre os funcionários públicos, matéria típica da administração.

Fruto, ainda, da questão social, havia normas sobre a ordem econômica, garantida a sua liberdade, dentro dos limites da Justiça e as necessidades da vida nacional, 'de modo que possibilite a todos existência digna'. 'Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vidas nas várias regiões do país' (art. 115). Seguiu, aí, as pegadas do anteprojeto. E, em geral, na parte da ordem social, econômica, na atinente à educação, cultura, trabalho e previdência (arts. 121/123, 148/158)" (POLETTI, 2001, pp. 46-47).

A constituição deixa de ser apenas a norma fundante do Estado, disciplinando apenas sua formação básica e enumerando as garantias individuais, e passa a normatizar, garantindo, muitos outros direitos antes tidos como infraconstitucionais, evitando, ou ao menos dificultando, que fossem restringidos por eventual mudança na conjuntura política. No tocante à economia, o Estado deixou de ser mero espectador da exploração da atividade econômica e passou a nela interferir de maneira direta. A relativização da propriedade privada, condicionando-a ao interesse social, representa um marco consistente na superação da política liberal. No dizer de João Bosco Leopoldino da Fonseca:

"Os princípios liberais se esgotaram na defesa de uma liberdade abstrata que acabou por sufocar o próprio cidadão que dela era titular. A sustentação da liberdade como um apanágio do homem, decorrente da própria natureza, se esvaiu por entre os meandros da relação concreta entre o capitalista, detentor dos meios de produção, e o operário que lhe prestava seu trabalho. Esta relação degenerou em exploração" (FONSECA, 2004, p. 109).

Essa dita questão social, que em muitos outros países do mundo já encontrava respaldo inclusive no âmbito constitucional, inspirou o constituinte brasileiro, que também pressionado pelos inúmeros reclamos populares, manteve a base de sustentação do sistema liberal, a propriedade privada, mas lhe impôs a vedação de ser exercida em detrimento do interesse social ou coletivo: “Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”. Nos parágrafos seguintes (18 a 20) é garantida a proteção aos direitos autorais, bem como a proteção aos inventos industriais e às marcas de indústria e comércio.

Pela primeira vez no Brasil uma constituição tratou da ordem econômica. Em seu art. 115, definiu que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos a existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”.

O art. 116 institui, no caso de interesse público, mediante autorização legislativa, a possibilidade do monopólio estatal de determinada indústria ou atividade econômica. É determinada, ainda, a promoção, por lei, da nacionalização progressiva dos bancos de depósito e das empresas de seguro (art. 117). É distinta da propriedade do solo, para efeito de aproveitamento

industrial e de exploração, a propriedade das minas, das riquezas do subsolo e das quedas d'água, bem como é determinada sua progressiva nacionalização nos casos de necessidade básica ou essencial à defesa econômica ou militar do país (art. 118).

O art. 137 ainda estipulou a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão ou delegação, a fim de lhes garantir a justa remuneração, a ponto de permitir atender as necessidades públicas de expansão e melhoramento dos serviços, evitando-se o lucro arbitrário e excessivo.

Não há dúvidas acerca da manutenção da iniciativa privada, desta sorte, sob uma nova ótica. O estabelecimento de limites ao exercício da livre iniciativa marca a tendência política do período. A intervenção estatal passa a assumir papel de relevo, e o próprio exercício da atividade econômica se curva aos objetivos de justiça social e garantias de existência digna.

O particular explorador da atividade econômica continua, por natureza, a objetivar o lucro. Contudo, nessa nova ordem, os limites dessa busca esbarram nas necessidades nacionais de atendimento dos reclamos sociais, de maneira que a busca de um equilíbrio entre esses objetivos opostos passa a ser o grande desafio<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> “A Constituição de 1934 representou um progresso na direção do realismo constitucional, no cotejo com o idealismo de 1891. Não obstante tenha se perdido em normas programáticas, as quais, embora de valor ideológico, resultaram em ineficácia. Foram sonhos irrealizados. Em face disso, a socialização ou a social democracia, apesar de permanecerem historicamente nos textos constitucionais, continuam na dependência da realização econômica da sociedade e do desenvolvimento cultural do povo. De qualquer forma, em 34,

## 1.6 A CONSTITUIÇÃO DE 1937

De inspiração fascista, a Constituição de 1937 não espelhava com fidelidade os anseios sociais do período. João Bosco Leopoldino da Fonseca observa:

“A Constituição de 1937 restringiu-se unicamente ao campo do *nominalismo*. Foi um nome sem qualquer vinculação com a realidade política e social do país. Fruto de um amálgama de *fascismo, corporativismo, nacionalismo* e de *aparente liberalismo*, o fato é que os dois únicos artigos que nela tiveram eficácia foram o *artigo 180*, onde está dito que ‘*enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União*’ e o *artigo 186* (‘*é declarado em todo o país o estado de emergência*’). O país, nesse período, foi governado somente através de decretos-leis” (FONSECA, 2004, pp. 115-116)<sup>9</sup>.

O período da ditadura Vargas, politicamente muito conturbado e inserido num contexto de guerra mundial, marcou o crescimento no Brasil do corporativismo, que era ao mesmo tempo anticomunista e antiliberal, pois acreditava que a instituição do liberalismo, autodestrutivo, acarretaria ao fim de seu ciclo econômico a instauração do comunismo. As corporações serviriam de contrapeso aos interesses liberais, e o Estado, de maneira imparcial, dirimiria as

---

pudemos realizar a convivência dos fatores políticos (a Revolução) com a inteligência constitucional brasileira (a Comissão do Itamaraty e os ilustres da Constituinte) para a elaboração da carta. Fomos capazes, também, de conciliar tendências as mais variadas no ambiente político nacional, sem perda do conteúdo e da eficiência técnico-jurídica. Assim sendo, a Constituição de 1934 vale pelas idéias revolucionárias que absorveu e até pelas que rejeitou. Sua experiência não foi a de um triênio, mas justamente a de, apesar de seus engenhosos dispositivos, não ter impedido a derrocada de 1937. Ficará ela, todavia, para sempre como um repositório valioso de temas constitucionais e como um marco relevante de nosso constitucionalismo republicano” (POLETTI, 2001, p. 55).

<sup>9</sup> A caracterização da Carta de 1937 como nominalista comporta ressalvas, eis que muitos direitos sociais foram concretizados nesse momento histórico e persistem até os dias de hoje. Sobre a eficácia dos direitos em

controvérsias. Na parte destinada à Ordem Econômica, o art. 140 determinou que “A economia da produção será organizada em corporações, e estas, como entidades representativas das forças do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos deste e exercem funções delegadas de poder público”.

O Estado passou a intervir de maneira ainda mais intensa na economia, exercendo cada vez mais seu comando sobre a iniciativa privada, e isso se deveu à tendência política que vinha influenciando fortemente o Brasil. O art. 141 determinou que a lei fomentaria a economia popular e determinou que os crimes contra ela eram equiparados aos crimes contra o Estado. Ficou estabelecido também que só poderiam funcionar no Brasil bancos de depósito e empresas de seguros quando brasileiros seus acionistas. As empresas concessionárias de serviços públicos deveriam obrigatoriamente ser administradas por brasileiros, mantendo-se a regulamentação das tarifas a fim de garantir a justa remuneração sem a imposição de preços abusivos.

A exploração da atividade econômica pela iniciativa privada foi tratada no art. 135 da Constituição:

“Art. 135 – Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual

---

constituições nominalistas, vide artigo de Marcelo Neves: A força simbólica dos direitos humanos (NEVES, 2005, pp. 17-18).

e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado.

A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata ou imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta”.

É nesse contexto que surgirá a primeira norma que se pode identificar no Brasil como materialmente de conteúdo antitruste, estudada no tópico posterior.

O tratamento dado à propriedade pelo art. 122, 14 (que trata dos direitos e garantias fundamentais), foi um pouco diverso do da Carta anterior, pois retirou a expressão “interesse social ou coletivo”. O conteúdo material da limitação de seu exercício foi remetido à legislação regulamentar.

Para a Constituição de 1937, a iniciativa privada permanece como base do sistema de produção, sendo, assim como na constituição anterior, mitigada pela ação estatal. Logo no início do art. 135 há a restrição ao exercício da atividade individual conforme os limites do bem público – que, portanto, prevalece em caso de conflito –, fundando a riqueza e a prosperidade não no trabalho nem no próprio homem gerador da riqueza, mas na prosperidade nacional – o que caracteriza, sem dúvida, uma forte inclinação nacionalista.

Pela primeira vez a expressão ‘intervenção do Estado no domínio econômico’ surge num texto constitucional brasileiro. Tal instituto é disciplinado de maneira a apenas ser legítimo quando num plano secundário em relação à

iniciativa privada ('para suprir as deficiências da iniciativa individual'), para o gerenciamento da produção econômica, evitando e dirimindo os conflitos particulares ('coordenar os fatores de produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos'), e para mesclar os interesses particulares que regem o mercado com os interesses da Nação, que neste caso serão representados pelo Estado ('introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado').

Essas hipóteses refletem a maneira como a intervenção pode se dar dentro desse sistema: controle, estímulo e gestão direta. No controle, a atuação repressiva e preventiva do Estado se dá de maneira negativa, ou seja, as instituições públicas estabelecem os limites da atuação particular e exigem sua observância. No estímulo, ao contrário, a atuação estatal é positiva, não estabelecendo limites de atuação, mas escolhendo, dentre as inúmeras possibilidades postas à iniciativa privada, aquela que mais se coaduna com os interesses nacionais e concedendo aos seus exploradores benefícios, como que para tornar mais atrativa sua exploração. No caso da atuação direta, que deveria ser excepcional, o Estado rompe a fronteira da iniciativa privada e passa ele mesmo a explorar certa atividade que, por natureza<sup>10</sup>, deveria ser explorada pelo particular.

---

<sup>10</sup> Quando se usa a expressão 'por natureza', não se procura imaginar uma condição inata da atividade, mas sua colocação dentro do sistema previsto na ordem econômica. Ou seja, se é classificada como serviço público ou como atividade econômica.

Assim, a hipótese de controle, já no sistema de 1937, parece ser compatível com a instituição de uma norma antitruste. Foi o que aconteceu.

#### 1.7 O DECRETO-LEI 869, DE 18 DE NOVEMBRO DE 1938

O Decreto-Lei 869/38 surgiu a fim de regulamentar o art. 141 da Constituição de 1937 e estabelecer os tipos e as punições decorrentes dos crimes contra a economia popular. Essa legislação não é precisamente antitruste (ao menos nos moldes em que o termo é encarado nos dias atuais), mas já traz em seu bojo inúmeras características dessa natureza.

Primeiramente, como dito, o Decreto-Lei 869/38 trata de crimes contra a economia popular. Assim sendo, diferentemente de algumas legislações posteriores, a matéria é tratada como sendo de ordem penal.

Por outro lado, ao regulamentar o art. 141 da Constituição, o Decreto-Lei 869/38 objetivou proteger a economia popular. Isso tem relevo se, dentro da cadeia das relações econômicas, esboçarmos a possibilidade de criação de regras protetivas em três níveis: 1) proteção ao consumidor; 2) proteção aos concorrentes; e 3) proteção à concorrência. Essa tríade será discutida no momento oportuno do trabalho, no entanto, sua menção, neste momento, é para registrar que a primeira legislação com feição antitruste surgida no Brasil não se fundou na proteção da concorrência, mas na dos consumidores. Sobre o tema, Paula A. Forgioni observa:

“Dentro de nossa linha de evolução histórica, essa constatação não deve causar qualquer surpresa, mas sim fazer sobressair o fato de que a evolução da disciplina, no Brasil, não se deu como nos países com uma certa tradição antitruste: *o antitruste não nasce, no Brasil, como elo lógico de ligação entre o liberalismo econômico e (manutenção da) liberdade de concorrência. Nasce como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor.*

Essa função constitucionalmente assegurada à nossa primeira Lei Antitruste constitui uma das principais diferenças que se fazem sentir entre o sistema norte-americano e o brasileiro. A legislação norte-americana vem calcada no princípio da proteção e manutenção da concorrência (como correlata a um princípio liberal) e não na proteção direta do consumidor” (FORGIONI, 2005, p. 114).

Não obstante essa observação, inúmeros institutos, ou mais especificamente, práticas anticompetitivas muito comuns nos dias de hoje já foram tipificadas no Decreto-Lei 869/38. O inciso III do art. 2.º, por exemplo, previa como crime “promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário dos lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio”. Tal conduta se identifica com a prática colusiva, também vedada pela legislação atual. Assim, a ação concertada entre concorrentes (colusão horizontal) ou entre fornecedores/adquirentes (colusão vertical) com o objetivo de excluir a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros é tida como prática anticompetitiva desde o Decreto-Lei 869/38.

No mesmo art. 2.º, o inciso V tipificava a prática de “vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência”. Tal conduta, nos

dias atuais também conhecida como *'preços predatórios'*, também é vedada pela legislação mais recente. A utilização de preços predatórios é uma conduta dentre as inúmeras hoje classificadas como de *'predação'*, que é tida, por Calixto Salomão Filho, como “o ato pelo qual o agente econômico incorre em prejuízos na expectativa de eliminar o concorrente do mercado, esperando recuperar posteriormente, através de diversas formas, o montante perdido” (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 159).

Já no art. 3º havia a incriminação da conduta relativa a “celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor”. No caso, há a tipificação de duas condutas: a primeira consistia numa espécie de colusão horizontal entre fornecedores a fim de impor o preço pelo qual seus clientes deveriam revender as mercadorias adquiridas; no segundo caso havia nítido abuso de posição dominante, destinado a excluir concorrente do mercado (prática hoje conhecida como *'exigência de exclusividade'*).

Esses são apenas alguns exemplos dentre outros verificados no Decreto-Lei 869/38 de normas antitruste que perduram até os dias atuais, embora em dispositivos distintos e com diferentes redações.

Merece destaque, ainda, o fato de os tipos penais instituídos nessa oportunidade estarem sempre vinculados à finalidade da conduta, ou seja, a conduta só seria típica se praticada com a finalidade de algo, como o aumento

arbitrário dos lucros. Dá-se prevalência, assim, à subjetividade da conduta, em detrimento dos seus efeitos concretos.

#### 1.8 O DECRETO-LEI 7.666, DE 22 DE JUNHO DE 1945

Com curtíssimo período de vigência, apenas três meses, e inspirado no projeto de Agamenom Magalhães, o Decreto-Lei 7.666/45 dispunha sobre os atos contrários à ordem moral e econômica. O panorama político era bastante instável, e Getúlio Vargas, a essa altura, enfrentava grande pressão pela sua queda.

O clima, do ponto de vista econômico, como de resto era a tônica da gestão getulista, era de extremo nacionalismo. A entrada do capital estrangeiro, se por um lado empolgava e aquecia a economia, por outro lado tornava a cada dia o Estado mais dependente dos financistas estrangeiros.

A fim de resguardar sua autoridade, demarcando o espaço político que vinha perdendo para os entrantes, e também em decorrência de sua política nacionalista, tendente a proteger o mercado nacional, Getúlio, com base no projeto de seu influente Ministro Agamenom Magalhães, editou o Decreto-Lei 7.666/45, primeiro diploma brasileiro a tratar sistematicamente do Direito da Concorrência.

Primeiramente, merece destaque que o Decreto-Lei 7.666/45 dispunha sobre infrações administrativas, diferindo, portanto, das disposições do Decreto-Lei 869/38, que cuidava de infrações penais.

Foi nesse momento, também, que se criou a CADE – Comissão Administrativa de Defesa Econômica, na forma de órgão autônomo, com personalidade jurídica própria e diretamente subordinado ao Presidente da República, a quem competia, direta ou indiretamente, nomear todos os seus membros. Esse é, sem dúvida, o embrião do atual CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

De fato, e isto causou enorme furor entre os investidores internacionais, o Decreto-Lei 7.666/45 tinha feição bastante autoritária, editado que foi por uma ditadura. Exemplo disso era o disposto no art. 16, o qual obrigava as empresas compreendidas no Decreto-Lei a exibir aos funcionários da CADE todos os seus livros, documentos, papéis e arquivos.

O Decreto-Lei 869/38, por tratar de matéria penal, só cuidava da punição daqueles que incidissem nos tipos penais que previa; versava, portanto, sobre atuação repressiva, *a posteriori*, unicamente sobre as condutas.

O Decreto-Lei 7.666/45 modificou esse panorama, adotando duas maneiras de atuação para a CADE: preventiva e repressiva. Isso era possível pelo fato de

essa legislação já tratar a matéria como de Direito Administrativo, o que não seria possível no âmbito criminal.

O artigo 1º do Decreto-Lei 7.666/45 estabelece as condutas tidas como contrárias aos interesses da economia nacional. No artigo 2.º, no tocante ao procedimento, o diploma estipula que, quando verificadas as ditas condutas, a CADE notificará as empresas faltosas a fim de que cessem a prática, sob pena de ser decretada a intervenção em todas as empresas envolvidas, única e exclusivamente para que cessem a conduta e seus efeitos (art. 3.º)<sup>11</sup>. Verifica-se que, de acordo com a sistemática adotada pelo Decreto-Lei 7.666/45, no que pertine às condutas, não há a imposição de qualquer penalidade. No máximo, e apenas no caso de desobediência à ordem de cessação emitida pela CADE, pode haver intervenção na empresa, contudo, apenas com a finalidade de restabelecer a situação conforme os interesses da economia nacional. A penalidade, assim, incide não em razão da prática da conduta, mas em razão da desobediência à ordem emitida pela Comissão.

Outra grande novidade é a atuação preventiva, instituída pelo art. 8.º, que trata da fiscalização do exercício do poder econômico. O artigo dispunha que as empresas atuantes em determinados ramos da economia, listados em suas alíneas<sup>12</sup>, não poderiam fundir-se, incorporar-se, transformar-se, agrupar-se de

---

<sup>11</sup> A CADE podia também, nos termos do art. 21, “a) promover investigações e inquéritos que julgasse necessários ao cumprimento da legislação”.

<sup>12</sup> “a) os estabelecimentos bancários; b) as empresas que tenham por objeto a produção ou distribuição de gêneros alimentícios; c) as empresas que operem em seguros de capitalização; d) as empresas de transportes ferroviário, rodoviário e as de navegação marítima, fluvial ou aérea; e) as empresas editoras, jornalísticas, de

qualquer modo, ou dissolver-se, sem prévia autorização da CADE. Já o art. 11 estabelecia que os atos, ajustes, acordos ou convenções entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas – sem distinção do ramo de atuação – que tivessem por efeito aqueles descritos em suas alíneas<sup>13</sup> deveriam, também previamente, sob pena de não terem validade, ser apresentados e aprovados pela CADE.

Portanto, havia dois critérios para saber quais atos deveriam ser, obrigatória e previamente, apresentados à CADE: o subjetivo, em razão da atividade econômica correlata, e o referente ao efeito almejado pela operação.

Aliás, eis aí outra característica desse diploma legal, também no tocante às condutas: a substituição do critério da intenção, adotado pelo Decreto-Lei 869/1938, pelo critério dos efeitos, não apenas concretos, mas também potenciais.

## 1.9 A CONSTITUIÇÃO DE 1946

Com a queda de Getúlio Vargas, o Decreto-Lei 7.666/45 foi revogado antes mesmo de completar três meses de vigência. Após o longo período da ditadura Vargas, a Constituição de 1946 veio atender os anseios da população ao

---

rádio e teledifusão, de divulgação e publicidade; f) as indústrias bélicas, básicas, de interesse nacional e as empresas distribuidoras dos respectivos produtos; g) as indústrias químicas, de especialidades farmacêuticas ou de laboratório e de materiais odontológicos; h) as indústrias de tecidos e calçados; i) as empresas de mineração; j) a produção e distribuição de instrumento de trabalho, de um modo geral; k) as empresas de eletricidade, gás, telefone e transportes urbanos e, em geral, os concessionários de serviços de utilidade pública”.

restabelecer o regime democrático sem, contudo, abrir mão dos avanços sociais conquistados com a Carta de 1934. A esse respeito, Barbosa Lima Sobrinho anotou:

“Anteriormente, já foi dito que a Constituição de 1946 era tão parecida com a de 1934, que se podia ter a impressão de um decalque. Não houve, aliás, essa idéia, entre os Constituintes de 1946, nem seria de supor que predominasse, na fatura de uma carta de direitos, o propósito de uma imitação servil. Nem creio que influísse, para esse resultado, a circunstância de terem participado, da Assembléia de 1946, perto de 30 constituintes de 1934. O que mais que tudo contribuiu, para a aproximação dos textos, foi a coincidência dos fatores políticos, que inspiraram a elaboração constitucional, orientada, nos dois momentos, pelo pensamento de uma reação contra os exageros do presidencialismo da República Velha, ou contra as tendências ditatoriais, que modelaram a Carta de 1937. Foi o mesmo surto de espírito democrático, que nos deu as duas Constituições, impondo os preceitos, que a técnica jurídica do momento recomendava, para a correção dos males, que eram levados para a conta de demasias do Poder Executivo” (BALEEIRO E SOBRINHO, 2001, p. 33).

Em termos de orientação filosófica, Aliomar Baleeiro, a respeito da Constituição de 1946, afirmou:

“Os constituintes de 1946 partiam do princípio filosófico kantiano de que o Estado não é um fim em si mesmo, mas meio para o fim. Este fim seria o homem. O Estado deveria fazer convergir seus esforços precipuamente para elevar material, física, moral e intelectualmente *o homem*. Melhorando-o do ponto de vista da saúde, da educação, do bem-estar econômico, viria, como consequência, o desenvolvimento total da Nação” (BALEEIRO E SOBRINHO, 2001, p. 18).

---

<sup>13</sup> “a) equilibrar a produção com o consumo; b) regular o mercado; c) estabilizar os preços; d) padronizar ou racionalizar a produção; e) estabelecer uma exclusividade de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas”.

Nesse panorama político surgiu a Constituição de 1946. Seu art. 141, que cuidou dos direitos e garantias individuais, no §16, garantiu o direito de propriedade, “salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro”. Verifica-se, desde logo, uma modificação na visão dada à propriedade, sendo retirada de vez da parte que trata das garantias individuais qualquer ressalva ao seu exercício em razão do interesse social ou coletivo.

No entanto, na parte destinada à ordem econômica e social, logo no seu primeiro artigo (145), ficou estabelecido que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”. Assim, muito embora na parte destinada aos interesses individuais não houvesse qualquer ressalva ao exercício do direito de propriedade, o art. 145 condiciona-o, no desempenho de atividade econômica, à compatibilização com a valorização do trabalho humano.

O exercício de atividade econômica ainda poderia ser restringido pelo Estado, a quem era facultado “intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade” (art. 146). Tal intervenção, porém, só se daria quando tivesse por base o interesse público, e teria como limite os direitos fundamentais do cidadão. Prevalencia, assim, a iniciativa privada no setor de exploração da atividade econômica, cabendo ao Estado nela intervir ou explorá-la diretamente apenas em casos excepcionais.

Como dito, não havia na parte destinada aos interesses individuais qualquer ressalva ao exercício da propriedade. Isso se deu pelo fato de ter sido a ressalva (prevista na Constituição de 1934 e remetida à legislação infraconstitucional pela Carta de 1937) deslocada da parte referente aos direitos individuais para a parte destinada à ordem econômica e social. Na Constituição de 1946, o art. 147 dispôs que “o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”. É justamente o caso de desapropriação por interesse social, o que representa, nesse aspecto, um grande avanço.

No tocante ao abuso do poder econômico, Paula A. Forgioni observa que “a Constituição Brasileira de 1946 traz pela primeira vez de forma expressa o princípio de repressão ao abuso do poder econômico, em seu art. 148”. Isso porque o referido dispositivo previa que “a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”. Em seqüência, a mesma autora aduz:

“Se considerarmos que esta foi a primeira vez que se escreveu no texto constitucional o princípio referido, assiste razão a Isabel Vaz ao afirmar que neste ponto ‘tem início uma nova fase do chamado ‘sistema brasileiro antitruste’, onde a tônica deixa de ser simplesmente a defesa da ‘economia popular’ através dos diplomas legais citados’. De outra parte, levando em conta os estritos termos do Decreto-

lei 7.666, de 1945, no qual, como vimos, a principal ótica era, justamente, a de repressão ao abuso do poder econômico, podemos ver que o art. 148 da Constituição Federal apenas fez consolidar uma tradição que procurava afirmar-se” (FORGIONI, 2005, pp.123-124).

Ao que parece, a discussão sobre se o princípio já era previsto nas constituições anteriores, ainda que implicitamente, merece também ser analisada do ponto de vista de quem concebe a restrição ao abuso do poder econômico como uma restrição ao exercício da propriedade, em favor do que se pode chamar de interesse social, coletivo ou público, ou algo que o valha. De fato, a menção expressa ao controle do abuso do poder econômico, aparentemente, se presta mais a reforçar a idéia, derivada, como não poderia deixar de ser, de uma reserva geral ao exercício do direito individual de propriedade. Assim, o Estado, munido do poder público que representa, invade a esfera do direito individual de propriedade, legitimado pela mesma força pública que garante seu exercício, a fim de limitá-lo, em favor dessa mesma força pública.

Portanto, a menção à repressão ao abuso do poder econômico parece ser fruto da experiência acumulada e brevemente descrita até aqui, e que, até a vigência da atual legislação antitruste, passou ainda por inúmeras outras modificações, que também serão muito brevemente relatadas.

Registre-se, ainda, o fato de o texto constitucional haver modificado a visão da infração concorrencial prevista do Decreto-Lei 7.666/45, que a caracterizava em razão dos seus efeitos, ainda que potenciais, passando a caracterizá-la em

razão de sua finalidade. Verifica-se, assim, um reforço na ótica subjetiva da conduta (a finalidade da prática) em detrimento de seu perfil objetivo (seus efeitos).

#### 1.10 A Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962

A fim de regulamentar o art. 148 da Constituição de 1946, em 10 de setembro de 1962 foi promulgada a Lei 4.137, que regula a repressão ao abuso do poder econômico. A nova legislação antitruste extinguiu a CADE – Comissão Administrativa de Defesa Econômica e criou o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

No tocante ao processo administrativo, ficou mantida a dupla feição de atuação do CADE: preventiva e repressiva. No âmbito da atuação repressiva, foi instituída a averiguação preliminar.

Os atos considerados como abuso de poder econômico foram descritos no art. 2.º da lei e obedeciam a uma sistemática peculiar. Eram cinco incisos que enumeravam efeitos ou condutas abstratamente consideradas: I) Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência; II) Elevar sem justa causa os preços, nos casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção; III) Provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços; IV) Formar grupo econômico, por

agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores; V) Exercer concorrência desleal.

Cada um desses incisos, exceto o II, era seguido de alíneas que especificavam condutas que se enquadrariam na previsão abstrata do respectivo inciso. Assim, por exemplo, a concorrência desleal só se caracterizaria se exercida 'por meio de' exigência de exclusividade para propaganda publicitária (alínea 'a') ou combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa (alínea 'b').

Essa estruturação das práticas abusivas diminuiu o espaço de decisão do CADE, de maneira a se restringir apenas aos tipos previstos explicitamente na norma, uma vez que foram abolidos os critérios do 'efeito' e da 'finalidade' (amplamente explorados e discutidos nas legislações anteriores) ao argumento de se propiciar maior segurança jurídica.

O CADE passou a ter a competência de proceder, em face de indícios veementes, a averiguações preliminares para verificar se havia real motivo para instauração de processo administrativo destinado a apurar e reprimir os abusos do poder econômico.

A atuação preventiva do CADE consistia na necessidade de autorização, dessa vez prévia, dos atos, ajustes, acordos ou convenções entre empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais

empresas ou interessadas no objeto de seus negócios. Para esse tipo de controle prévio o legislador elegeu o critério do 'efeito', só sendo obrigatória a apresentação dos atos que tivessem por efeito equilibrar a produção com o consumo, regular o mercado, padronizar a produção, estabilizar os preços, especializar a produção ou distribuição e estabelecer restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas.

A adoção do critério do 'efeito' para o controle prévio dos atos, no entanto, apresenta uma séria dificuldade, qual seja, a de prever as conseqüências dos atos antes mesmo da sua execução.

Ficou instituída, também, no art. 74, § 3.º, a aprovação provisória dos atos, no caso do decurso do prazo de 60 dias sem o pronunciamento do CADE, que poderá, no entanto, mesmo após o término do prazo, se pronunciar sobre o ato, inclusive contrariamente, sendo válidos todos os atos até então praticados.

Sobre a eficácia da Lei 4.137/62, Paula A. Forgioni pondera:

“Pode-se ter a impressão, pela transcrição das ementas que efetuamos, que a Lei 4.137 foi utilizada como um eficaz e atuante instrumento de política econômica, auxiliar no processo de concentração de empresas e fortalecimento da indústria nacional. Tal conclusão, entretanto, não é correta. Ao que tudo indica, em seu período de vigência, sem embargo de alguns breves 'surtos' ou 'ondas' de aplicabilidade, a Lei Antitruste de 1962 não encontrou uma maior efetividade na realidade brasileira, não sendo possível

identificar qualquer atuação linear e constante de uma política econômica que se tenha corporificado em uma política da concorrência” (FORGIONI, 2005, p. 141).

Isso indica que atuação do CADE em muitos momentos se presta à implementação de políticas públicas. Tal interferência se reflete nas decisões emanadas pelo Conselho, que apresentam oscilações no decorrer de sua história. No entanto, a implementação dessas políticas públicas não representa a única interferência externa na tendência jurisprudencial do CADE. Interesses políticos, assim como a influência do poder econômico, também marcaram a história do CADE, ocasionando em grande parte os ‘surto’s de vigência da norma antitruste.

#### 1.11 A CONSTITUIÇÃO DE 1967

A Carta de 1967 surgiu no contexto de consolidação do golpe militar de 1964 e foi elaborada sob influência da “Doutrina da Segurança Nacional”, a qual se alicerçava em três objetivos básicos: a) ocupar o território nacional; b) expandir-se na América do Sul em direção ao Pacífico e ao Atlântico Sul; e c) formar uma potência mundial. A doutrina apontava, ainda, como pontos básicos, por exemplo, a guerra total, guerra generalizada, guerra fria, guerra revolucionária, poder nacional, objetivos nacionais, estratégia nacional e segurança nacional (FONSECA, 2004, pp. 120-121).

A Ordem Econômica, então, foi pautada nesse forte sentimento nacionalista, almejando o desenvolvimento nacional como maneira de garantir sua própria segurança. Para a aplicação dessa política, conseqüência também do

regime autoritário, a Constituição de 1967 optou por concentrar preponderantemente o poder nas mãos da União, e nessa esfera, fortalecer o Poder Executivo, fenômeno observado por Themístocles Brandão Cavalcanti:

“Como se vê, a Constituição estabeleceu um mecanismo que fortalece os dois pólos do poder central – a *União* que comanda a organização político-administrativa de todo o sistema federal e o *Poder Executivo* que comanda a estrutura político-administrativa e, até certo ponto, legislativa do poder federal.

Em última análise, como o poder forte da União é o Executivo, o Presidente da República terá a maior responsabilidade na execução de sua política governamental” (BRANDÃO CAVALCANTI, 2001, p. 29).

Tal política centralizadora se verificou de igual forma na distribuição da receita orçamentária, sendo possível identificar uma verdadeira “hegemonia tributária da União” (BRITO, 2001, p. 50).

À Ordem Econômica e Social se dedicou o Título III da Constituição de 1967, que trouxe, em muitos aspectos, algumas inovações com relação à Carta anterior.

A Constituição de 1967 estabeleceu como finalidade da Ordem Econômica e Social o desenvolvimento nacional e a justiça social, tendo por base os princípios da livre iniciativa; a valorização do trabalho como condição de dignidade humana; a função social da propriedade; a harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; a repressão ao abuso do poder econômico,

caracterizado pelo domínio dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros; e a expansão das oportunidades de emprego produtivo.

A proteção à concorrência, como visto, ganhou especial destaque, figurando como um dos princípios norteadores da Ordem Econômica, tendo sido o abuso do poder econômico caracterizado sob três pontos de vista: o domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, critérios utilizados até hoje na defesa da concorrência.

A reforma agrária foi definida como instrumento para fixar o homem no campo e implementar a justiça social agrária no Brasil, estabelecendo a desapropriação da propriedade territorial rural localizada em zonas prioritárias, desde que não estivesse atendendo à sua função social. A desapropriação seria efetivada mediante indenização por meio de títulos especiais da dívida pública aos latifundiários.

A intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade foram facultados ao Estado, desde que indispensáveis por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não pudesse ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e livre iniciativa, podendo a União instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos.

Por outro lado, a Constituição de 1967 estabeleceu que competia preferencialmente às empresas privadas organizar e explorar as atividades econômicas, contando com o estímulo e o apoio do Estado, que, apenas em caráter suplementar, as organizaria e exploraria diretamente, sujeito, nesses casos, às mesmas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações. Ademais, a empresa pública que explorasse atividade não monopolizada ficaria sujeita ao mesmo regime aplicável às empresas privadas.

A Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, por muitos considerada uma nova Constituição, trouxe poucas inovações aos dispositivos da Ordem Econômica anterior, restringindo-se à previsão de aposentadoria integral para o professor aos 30 anos de serviço e, para a professora, aos 25; à isenção de tributos federais, estaduais e municipais para a transferência de propriedade sujeita à desapropriação para fins de reforma agrária; e à correta exclusão das autarquias do rol das empresas estatais que exerceriam diretamente a atividade econômica (ALMEIDA, 2005, p. 261).

#### 1.12 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Ao fim do ciclo da redemocratização, surge a Constituição de 1988, fortemente influenciada pela necessidade de garantir muitos direitos até então vilipendiados pelo Estado autoritário. Pela mesma razão, cresce o interesse em garantir muitos direitos sociais, e até mesmo trabalhistas, no texto constitucional,

tudo sob o argumento de assegurar, por meio da norma máxima, garantias mínimas a determinados segmentos sociais menos favorecidos ou com menos poder de fazer implementar, sem o auxílio constitucional, seus interesses.

Eis por que a Ordem Social, prevista na Constituição anterior em um único título destinado à Ordem Econômica e Social, passa a ser tratada, na nova Carta, em título próprio e exclusivo. Foi dado pela nova Constituição também bastante prestígio aos direitos e garantias fundamentais, havendo título específico a cuidar dos direitos sociais, dos direitos e deveres individuais e coletivos, da nacionalidade, dos direitos políticos e dos partidos políticos.

Com essa alteração, a Ordem Econômica passou a ser disciplinada juntamente com a Ordem Financeira em título único. Muito embora de feição liberal, como mencionado, a Constituição de 1988 não se restringiu apenas a definir o modelo de Estado, mas tratou também, sob efeito da tendência do Estado Social de Direito, de inúmeras outras matérias até então não consideradas como de índole constitucional.

A livre iniciativa bem como os valores sociais do trabalho, a dignidade da pessoa humana, a soberania, a cidadania e o pluralismo político se constituíram como os fundamentos do Estado Democrático de Direito. Garantir o desenvolvimento nacional passou a ser um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

A nova Ordem Econômica se funda, por um lado, na livre iniciativa, e por outro, na valorização do trabalho humano. Ela tem por fim assegurar a existência digna conforme os ditames da justiça social, devendo observar os princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca pelo pleno emprego e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

É bastante nítida a influência do Estado Social de Direito na Ordem Econômica instaurada pela Constituição de 1988. Quando se fala que a livre iniciativa é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, colocam-se ao lado dela, como uma reserva, os valores sociais do trabalho. Do mesmo modo, quando se diz que a Ordem Econômica se funda na livre iniciativa, alça-se à mesma estatura a valorização do trabalho humano. A propriedade privada é garantida, desde que respeitada a sua função social.

Parece que o constituinte quis deixar claro que seu interesse era instituir um Estado liberal, que garantisse a livre iniciativa, ou seja, que o exercício da atividade econômica era de responsabilidade da iniciativa privada. No entanto, não se estaria instaurando o Estado liberal clássico, mas um com certas restrições, certos limites. Dessa maneira, a livre iniciativa pode ser livremente exercida, desde que respeitados os limites impostos pela Constituição, quase sempre

destinados a garantir os interesses daqueles grupos menos favorecidos, ou até mesmo os interesses estratégicos do Estado, pelo menos em tese.

Por essa razão o art. 173 dispôs que, ressalvados os casos previstos pela própria Constituição, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo conforme definidos em lei. Já o art. 175 determinou que incumbe ao poder público, na forma de lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. O art. 177 instituiu os monopólios da União.

Desse modo, a geração de riqueza passou a ser distribuída em três campos: a atividade econômica, a prestação de serviços públicos e os monopólios. A utilização da expressão 'geração de riqueza' no presente caso se dá porque, ao que parece, essa classificação tripartite é meramente política, pois não é possível encontrar ontologicamente um liame lógico entre as diversas atividades em cada um desses grupos. Muito se fala sobre a relevância do serviço para a sociedade, contudo, isso não justifica uma distribuição hierárquica em grau de importância na multiplicidade de mercados verificados na prática. Por exemplo, existe atividade econômica mais relevante para uma sociedade que a produção e distribuição de alimentos? Contudo, dita atividade não é considerada monopólio público ou mesmo serviço público.

O que parece melhor explicar esse fenômeno, verificado não apenas no Brasil, é que o Estado reserva para si algumas atividades que entende estratégicas ao cumprimento de seus objetivos, restringindo-as à sua exclusiva exploração, no caso dos monopólios, ou limitando sua exploração pela iniciativa privada, classificando-as como serviço público. Tal conduta impediria, em tese, que empresas estrangeiras, por exemplo, representantes de interesses externos, dominassem parcela relevante de um determinado mercado, a ponto de subtrair do Estado parte de sua soberania, vez que o poderio decorrente da dominação de dita atividade afetaria a inteireza do comando nacional.

Não é por acaso que, com a reforma do Estado, esse quadro classificatório, que já não é muito preciso, modificou-se sensivelmente em consequência da passagem do modelo estatal nacional da fase moderna (*welfare state*) para a pós-moderna (BARROSO, 2003, pp. 16-22) – com o redimensionamento do Estado, o fim das restrições ao capital externo, a extinção dos monopólios estatais e as privatizações.

O Estado vem, cada dia mais, deixando de explorar inúmeras atividades antes classificadas como monopólios ou serviços públicos e passando a outorgá-las à iniciativa privada, a fim de que possam ser exploradas em regime de competição. Passa, no entanto, a ocupar nova posição nesse cenário, por meio da regulação, introduzida no ordenamento jurídico nacional por sucessivas Emendas Constitucionais e legislações específicas. Nesse novo espaço de atuação, o Estado, que abandonou a exploração direta de certas atividades, delas não se

afastou completamente, a uma, pois vê nessas atividades a possibilidade de implementação de políticas públicas; a duas, pois a implementação imediata do regime de concorrência nesses mercados se mostrou inviável, de maneira que se vislumbrou a necessidade de intervenção estatal a fim de prepará-los para a exploração em regime de competição. Surge, assim, a regulação, exemplo maior da reforma do Estado, que a ele conferiu novas possibilidades de atuação.

A livre concorrência, inclusive, foi alçada pela Constituição de 1988 a princípio da Ordem Econômica. O § 4.º do art. 173 dispôs que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. É um caso típico de intervenção estatal com o intuito de limitar o exercício da livre iniciativa. Ainda no mesmo artigo, o § 5.º possibilitou à lei estabelecer a responsabilidade das pessoas jurídicas pelos atos praticados contra a Ordem Econômica e Financeira e contra a economia popular, sujeitando-as às punições compatíveis com a sua natureza.

Já o art. 174 colocou o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, por meio das funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este indicativo para o setor privado e determinante para o setor público.

Essa nova Ordem Econômica, assim como as sucessivas reformas constitucionais iniciadas ainda no Governo Collor, marca a reforma do Estado no Brasil, fenômeno que se insere num contexto mundial e que ainda se encontra em

curso. As políticas de defesa da concorrência ganham relevo nessa nova conjuntura e vêm ao encontro da nova maneira de atuação do Estado na economia. Muitos setores, que até então vinham sendo explorados monopolisticamente pelo Estado, passaram, nesse momento, a ser explorados pela iniciativa privada. Tanto as Agências Reguladoras, novas figuras e um amplo campo de estudo, quanto o CADE passam a assumir um papel de fundamental importância para o estabelecimento dos rumos nos mais diversos setores econômicos.

#### 1.13 A LEI 8.158, DE 08 DE JANEIRO DE 1991

A abertura econômica era o mote do Governo Collor, só que a inserção do mercado interno na economia globalizada não garantiria a auto-sustentabilidade. As medidas protecionistas, que durante muitas décadas impuseram barreiras à concorrência internacional na maioria dos mercados internos, se por um lado fizeram desenvolver muitos setores da indústria nacional, por outro levaram outros concorrentes internos, resguardados pela legislação protetiva, a não acompanhar, em termos de eficiência, tecnologia, produtividade e preço, os produtos estrangeiros.

Com o ingresso de *players* estrangeiros, muitas empresas brasileiras não resistiram à competição e sucumbiram; outras, contudo, conseguiram se modernizar e passar a concorrer com os entrantes, tanto no mercado interno como no mercado internacional.

Foi nesse clima que se criou a Lei 8.158, de 08 de janeiro de 1991, sem, contudo, se revogar a Lei 4.137/62. Ambas passaram a vigor simultaneamente.

Sobre a Lei 8.158/91, Paula A. Forgioni observa:

“Procurou-se, no novo diploma, celerizar o procedimento administrativo de apuração das práticas em violação à ordem econômica, com a criação da SNDE – Secretaria Nacional de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, que tinha a função de ‘apurar e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar e afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica’. Sem a revogação da Lei 4.137, de 1962, o CADE passa a funcionar junto à SNDE, que lhe dava suporte de pessoal e administrativo” (FORGIONI, 2005, pp. 142-143).

Esse ‘reforço’ à proteção da concorrência trouxe, no início, ótimos resultados, tendo, inclusive, sido aplicadas penalidades por condutas anticompetitivas a grupos econômicos de considerável poderio. Contudo, a crise política, que marcou o período, fez com que, aos poucos, a qualidade da política concorrencial caísse drasticamente e fosse substituída por critérios absolutamente desviados. Alertando sobre o fato, Paulo A. Forgioni pontua:

“Esse breve período de euforia, quando parecia que, afinal, teríamos uma legislação antitruste aplicada efetivamente como um instrumento de política econômica, pouco durou aos olhos do público. Com o novo governo instalado em 1992, não obstante o CADE continue sua atuação, destinada a coibir o abuso do poder econômico, esta acaba sendo sufocada, na imprensa, pelo triste papel que a Lei Antitruste passa a desempenhar no contexto econômico brasileiro:

*instrumento de ameaça de retaliação por parte do governo federal contra determinados setores da economia”* (FORGIONI, 2005, p. 143).

Essa conturbada relação entre as políticas de defesa da concorrência e a acirrada disputa política arrefece a atuação do CADE, tanto do ponto de vista da opinião pública quanto dos próprios resultados de sua atuação. Para impor ainda maiores dificuldades, em muitos momentos se verificou uma enorme confusão entre as duas legislações vigentes sobre a matéria, a Lei 8.158/91 e a Lei 4.137/62. Sobre esse fenômeno, que sedimentou o terreno para a criação da atual legislação de proteção à concorrência, Gesner Oliveira e João Grandino Rodas observam:

“Muito provavelmente a dificuldade proveniente da dualidade de regras de concorrência – a Lei 8.158/91 vigendo juntamente com dispositivos não revogados da Lei 4.137/62 –, provocou o início da discussão, meses após a edição da lei de 1991, dos termos de uma nova lei concorrencial. Daí nasceu o Projeto de Lei nº. 3.712-E, de 1993, que desembocaria na aprovação da vigente Lei nº. 8.884, de 11 de junho de 1994, que expressamente revogou as Leis n.ºs 4.137/62 e 8.158/91 (art. 92)” (OLIVEIRA e RODAS, 2004, p. 22).

Posto isso, e nessas circunstâncias, foi editada a Lei 8.884/94, atualmente em vigor, que inaugura uma nova fase da proteção à concorrência do Brasil, mediante a instituição do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, abordado no tópico posterior.

#### 1.14 A LEI 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994

O § 4.º do art. 173 da Constituição Federal de 1988 dispõe que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Regulamentando tal dispositivo, bem como o art. 170 da CF, foi editada a Lei 8.884/94. Nela é instituído o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, responsável pela tutela desse bem difuso e composto pelos seguintes integrantes: 1) CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 3.º); 2) SDE – Secretaria de Direito Econômico (arts. 13 e 14), vinculada ao Ministério da Justiça; e 3) SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico (arts. 26, 38, e §§ 4.º e 6.º do art. 54), vinculada ao Ministério da Fazenda. Além desses três, tradicionalmente apontados, não é de olvidar outros dois, de especial importância: 4) Procuradoria do CADE (art. 10), órgão integrante da Procuradoria Geral Federal, vinculada à Advocacia-Geral da União; e 5) Ministério Público Federal junto ao CADE (art. 12). Esses são os atores que, juntos, corporificam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Cumpra inicialmente registrar o fato de que a responsabilidade atribuída pela Lei 8.884/94 aos agentes econômicos nocivos à concorrência é absolutamente distinta – e independente – da responsabilidade das esferas civil e criminal<sup>14</sup>, estando incluída no âmbito do Direito Administrativo. Assim, as infrações contra a ordem econômica não excluem as responsabilidades civis e

criminais decorrentes do mesmo ato – estas não se inserem, por conseguinte, na esfera de competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Por outro lado, a concorrência é considerada como um direito difuso, tendo o art. 1.º da novel legislação expressamente consignado o fato de a coletividade ser “a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”. É por isso que se diz que a Lei de Defesa da Concorrência não se volta à proteção dos concorrentes, nem tampouco dos consumidores, mas da própria concorrência em abstrato, na qualidade de direito difuso (RAMOS, 2005, p. 2)<sup>15</sup>.

A SDE é o ‘órgão de entrada no sistema’, sendo responsável, dentre as atribuições estabelecidas no art. 13, por acompanhar as atividades das pessoas físicas ou jurídicas que detenham posição dominante, proceder a averiguações preliminares para a instauração de processos administrativos, instaurar processos administrativos para apuração e repressão de infrações à ordem econômica, instruir os processos e remetê-los ao CADE para julgamento – quando entender configurada a infração – e adotar medidas preventivas.

A SEAE funciona como órgão consultivo, vinculado ao Ministério da Fazenda, devendo ser comunicada da instauração de processo administrativo

---

<sup>14</sup> Esta, tratada nas Leis n.ºs 8.137/90 e 8.176/91, cujos tipos penais influenciaram, inclusive, as infrações administrativas previstas na Lei 8.884/94 (ABADE, 2005, p. 39).

<sup>15</sup> “Assim, as infrações à concorrência lesam os interesses difusos de toda a coletividade brasileira e não somente, como se poderia esperar, um interesse particularizado de uma empresa rival prejudicada ou um conjunto de consumidores obrigados a pagar mais por um bem. Em tese, a ordem econômica brasileira conta com a livre concorrência como meio de otimização e alocação dos recursos econômicos. Assim, o domínio de

para, querendo, emitir parecer sobre as matérias de sua especialização (art. 38), bem como obrigatoriamente apresentar o opinativo nos atos de concentração (art. 54, § 6.º).

A Procuradoria do CADE é responsável por sua assessoria jurídica bem como por sua representação judicial. Ademais, lhe compete a emissão de pareceres jurídicos nos processos de competência do CADE, além de zelar pelo cumprimento da Lei de Defesa da Concorrência.

Por designação do Procurador-Geral da República oficiará nos processos sujeitos à apreciação do CADE, na qualidade de *custos legis*, um membro do Ministério Público Federal.

O CADE é o órgão judicante do sistema (art. 3.º), sendo por essa razão destacado dos demais. Isso porque, para a manutenção de sua neutralidade, lhe é aplicável (como aos juízes brasileiros em geral) o princípio da oficialidade. Em outras palavras, para sua atuação é exigida uma prévia provocação, seja por qualquer prejudicado, seja por qualquer integrante do sistema, ou mesmo pelos próprios agentes concentradores de poder de mercado, nos casos de apresentação dos atos de concentração (art. 54).

---

mercado, a eliminação da concorrência, enfim, toda manipulação concorrencial afeta a sociedade integralmente”.

Tramitam no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência dois tipos de ‘processos administrativos’ em sentido lato: os processos administrativos para investigação de condutas anticompetitivas e os atos de concentração, resultantes da análise dos atos que de qualquer forma possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação dos mercados. O primeiro tipo pode ser identificado como a atuação repressiva do sistema, punindo os autores das condutas anticompetitivas; o segundo, como a atuação preventiva, pela aprovação total ou parcial, ou mesmo a desaprovação, de atos tendentes à dominação dos mercados, como as fusões, aquisições etc. Nesse sentido: “b) a lei não visa, apenas e tão-somente, a *reprimir*, mas a *prevenir* infrações à ordem econômica” (DANTAS, 1999, pp. 92-93).

Portanto, duas são as faces de atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: prevenção e repressão.

No Brasil, o art. 54 da Lei 8.884/94 cuida da obrigatoriedade de apresentação dos atos de concentração que possam “limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”. Presumem-se inclusos nas hipóteses os atos que impliquem a participação de empresa ou grupo de empresas em vinte por cento (ou mais, logicamente) de um mercado relevante, ou o fato de qualquer dos participantes ter

registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)<sup>16</sup>.

Esse primeiro tipo de procedimento apontado é considerado preventivo, não se destinando a punir condutas anticompetitivas, mas a evitar a formação de blocos econômicos com excessivo poder de mercado.

O outro procedimento, de ordem repressiva, se destina à aplicação de penalidades a agentes econômicos por condutas tipificadas na legislação como anticompetitivas. Repita-se, a aplicação dessas penalidades se restringe ao âmbito do Direito Administrativo, não interferindo em eventuais responsabilidades penais ou civis.

A Lei 8.884/94 apresenta as infrações nos artigos 20 e 21, sendo bastante extensa sua enumeração. Em muitos casos, uma determinada conduta (por exemplo, a formação de cartel) se enquadra em inúmeras hipóteses apresentadas pelos dispositivos. Logo em seguida, elenca as penas nos artigos 23 a 26-A, com ênfase na relação conseqüente entre conduta X punição, e não na relação processo X punição.

---

<sup>16</sup> Recentemente, seguindo orientação exarada no voto do Conselheiro Roberto Pfeiffer, nos autos do ato de concentração envolvendo as empresas “ADC Telecommunications, Inc.” e “Krone International Holding Inc.”, o CADE decidiu que o faturamento anual bruto no último balanço de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) se referia ao faturamento registrado apenas no território nacional.

No Brasil “o processo administrativo será instaurado em prazo não superior a oito dias, contados do conhecimento do fato, da representação, ou do encerramento das averiguações preliminares, por despacho fundamentado do Secretário da SDE, que especificará os fatos a serem apurados”<sup>17</sup>. Como se vê, o despacho instaurador do processo, de ofício ou provocado<sup>18</sup>, é de competência do Secretário de Direito Econômico. A provocação pode ser de qualquer interessado, seja ele integrante do Sistema ou não, com exceção do Plenário do CADE ou de qualquer de seus Conselheiros, sob pena de se violar sua imparcialidade (como poderá proferir julgamento isento se na instauração do procedimento já manifestou sua posição?)<sup>19</sup>.

O art. 50 da Lei 8.884/94 dispõe ainda que “as decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições”. Observe-se, contudo, que tais decisões, embora irrecorríveis no âmbito do Poder Executivo, não afastam o controle externo exercido pelo Poder Judiciário em razão do art. 5.º, XXXV, da CF (“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

---

<sup>17</sup> Art. 32 da Lei 8.884/94.

<sup>18</sup> Isso porque não se lhe aplica o princípio da oficialidade, pelo fato de não ser responsável pelo julgamento da lide.

<sup>19</sup> Ademais, o art. 6.º, IV e V, veda ao Presidente e aos Conselheiros do CADE emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou funcionar como consultor de qualquer tipo de empresa, bem como manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, ou

A irrecorribilidade no âmbito do Poder Executivo atribui às decisões do CADE maior independência (vez que tomadas por autoridades investidas de mandato por tempo fixo) e rigor técnico (dado ser requisito de ingresso no órgão o notório saber jurídico ou econômico). Eventual possibilidade de recurso ao Ministro de Estado (seja ele qual for) sujeitaria as decisões exacerbadamente a interesses políticos localizados.

Eis aí, em apertada síntese, o plexo de atribuições administrativas (competências) conferidas ao CADE e ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência pela Lei 8.884/94.

Esse panorama, contudo, está na iminência de ser alterado, pois tramitam no Congresso Nacional proposições legislativas que visam a alterar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com maior destaque para o PL 5.877/05, no qual se propõe, entre outras coisas, maior rigor nos critérios de subsunção dos atos de concentração ao crivo do CADE, a fim de afastar a obrigatoriedade de apreciação dos casos de menor repercussão econômica; alteração, ainda no tocante ao controle estrutural, do momento de apresentação do ato, que passará a ser obrigatoriamente anterior; novo desenho institucional, com atribuição de novas funções ao CADE e à SEAE, extinção da SDE, bem como criação de uma Superintendência-Geral em substituição a esta última, dessa sorte vinculada ao próprio CADE; aumento do período de mandato dos Conselheiros para quatro

---

juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, em obras técnicas ou no exercício do magistério.

anos, vedando-se a recondução e alternando-se o término dos mandatos; alteração substancial da matéria referente aos procedimentos, adotando-se inúmeras propostas elaboradas no decorrer da vigência da atual legislação e que surgiram da verificação de suas limitações.

Assim, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência passaria a ser constituído apenas pelo CADE e pela SEAE/MF, o primeiro englobando o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, a Superintendência-Geral e o Departamento de Estudos Econômicos.

Toda essa estrutura institucional deve ser estudada sem, contudo, se olvidarem os fins que justificaram sua própria criação. Isso porque a concorrência não é um fator a ser perseguido por si só, mas em vista de um objetivo maior, de especial destaque nos países em desenvolvimento: a distribuição de renda e a superação do imenso abismo social existente entre as camadas sociais que detêm o controle dos meios de produção e aquelas menos favorecidas<sup>20</sup>.

Esse objetivo, numa primeira análise, decorre da necessidade de efetivação das garantias mínimas de existência digna, corolário de qualquer nação

---

<sup>20</sup> Tratando da mesma questão no que se refere às agências reguladoras, Rubens Naves questiona: “Cabe ressaltar, também, o caráter dramático da nossa realidade social: como equiparar o cidadão a um consumidor/pagador de serviços num país no qual cerca de 35% da população situa-se abaixo da linha de pobreza, sem acesso ou com acesso limitado aos serviços essenciais básicos, inclusive educação e saúde? Nessa conjuntura, um modelo regulatório rígido facilita ou dificulta a promoção de um desenvolvimento econômico que realize a justiça social? Mais precisamente, que papel deve ter o Estado nestas circunstâncias? (...) Eis o maior desafio do ‘Estado Estratégico’: proceder de forma a se posicionar de modo a garantir à população a prestação dos serviços discriminados na Constituição e, por outro, operar como articulador político visando à retomada do crescimento econômico. Trata-se de um modelo complexo, que comporta

republicana. A convivência inerte com a insustentável condição de miserabilidade imposta à grande maioria da população inviabiliza qualquer discurso institucional de organização de poder, de maneira que sua legitimidade só se verifica se ele se volta ao combate de tamanha desigualdade, especialmente quando se leva em conta o caráter compromissório da nossa Constituição<sup>21</sup>.

Quer dizer, numa nação organizada formalmente num contexto republicano, não se mostra possível dissociar as políticas institucionais da necessidade de condicionar a fruição dos meios de produção à realização de ações compensatórias, que devem, naturalmente, partir do próprio Poder constituído, em tese, por todos.

Essas ações não decorrem, portanto, de um mero sentimento fraternal, mas da própria natureza do Estado Democrático. Quanto a isso, ao menos do ponto de vista discursivo, não parece haver muita discordância. Esta só se revela com maior agressividade quando se parte para a busca dos meios pelos quais se reputa mais eficaz a consecução de tais metas, e nesse ponto se ressalta um outro aspecto, dessa sorte procedimental, que justifica a finalidade distributiva da defesa da concorrência.

---

situações diferenciadas, inclusive com o controle do Estado sobre algumas entidades estatais e até mesmo sobre a parcela de alguns setores da economia” (NAVES, 2004, pp. 132-134).

<sup>21</sup> “Sendo nossa Carta Maior tecnicamente uma Constituição compromissória, ou seja, oriunda do acordo dos mais diversos interesses e concepções políticas existentes na sociedade, a posição que com ela mais se coaduna é a de buscar a ponderação entre os valores correspondentes a cada uma das posições extremadas acima analisadas, buscando, em um mandado de otimização, conciliá-las: os fatores que recomendam a adoção da concorrência devem ser instrumentalizados pelas preocupações que visam à incindível relação entre os serviços públicos, a realização da dignidade da pessoa humana e a solidariedade social” (ARAGÃO, 2005, pp. 11-12).

Jorge Fagundes observa que é preciso articular os conceitos de eficiência econômica com a Teoria do Bem-Estar Social, ressaltando que

“qualquer política econômica, inclusive a de defesa da concorrência, que desconsidere os efeitos redistributivos derivados das mudanças nos níveis das variáveis sob o seu controle poderá ter como resultado a negação do seu objetivo último, a saber, o aumento – ou pelo menos a não-redução – do bem-estar da sociedade” (FAGUNDES, 2003, p. 113).

A concorrência nesse aspecto não é um fim em si mesma, pois condiciona-se à efetivação dos direitos sociais eleitos como relevantes na própria Constituição.

O efeito distributivo também ecoa positivamente no tocante ao aumento do mercado consumidor, do que resulta maior demanda, gerando, via de consequência, crescimento econômico.

Por outro lado, a defesa da concorrência é útil quando se tem em mente evitar a formação de conglomerados econômicos de poderio maior que o do próprio Estado, vulnerando a soberania e o sistema republicano.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência se insere nesse contexto finalístico, figurando, consoante já alertado na introdução do trabalho, como meio de implementação de políticas públicas.

## **CAPÍTULO 2 – A FUNÇÃO REGULADORA E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA COMO MODALIDADE DE REGULAÇÃO**

Privatizações, quebra dos monopólios estatais e fim das restrições ao capital estrangeiro: esse é o cenário dentro do qual se ergueram as agências reguladoras. A clássica visão bipartida entre serviço público e atividade econômica passa por um processo de releitura, e as agências reguladoras – figuras personificadas do que se passou a chamar de regulação – protagonizam o reposicionamento do Estado frente às atividades geradoras de riqueza.

Não existe uma relação ontológica entre certas atividades e os conceitos de serviço público e atividade econômica, de maneira que a distribuição das inúmeras atividades entre ambos os campos se dá de acordo com as escolhas políticas promovidas pelo Estado. Alguns autores até reputam como inútil, a essa altura, o conceito de serviço público (SUNDFELD, 2000), não sendo esse o caso do presente estudo. A exploração do mercado de energia elétrica só é serviço público porque definido como tal na Constituição (art. 21, XII, *b*), e não porque exista uma característica ínsita na dita atividade que ‘naturalmente’ a posicione no campo da prestação do serviço público.

Com efeito, da modificação da conjuntura política pode resultar uma redistribuição dos mercados entre os campos da exploração privada e pública. Observando tal fenômeno no Reino Unido, María Salvador Martínez observa:

“Los organismos encargados de prestar servicios públicos de tipo comercial se denominan *Consumer, Commercial o Industrial bodies* y prestan determinados servicios públicos a los ciudadanos que, por alguna razón, no se han dejado al libre juego del mercado. Entre ellos se incluyen los organismos que gestionan monopolios o semimonopolios públicos, y que se encargan no sólo de prestar un servicio, sino, además, de fijar los precios y estándares del mismo. El régimen jurídico de estos organismos varía considerablemente de unos casos a otros, según sea el servicio concreto que preste a cada uno. Son *quangos* de este tipo, por ejemplo, el *British Coal*, la *BBC*, el *British Rail*, el *Post Office* y las *Water and Electricity Authorities*.

Ésta fue la principal función que cumplieron los *quangos* tras la Segunda Guerra Mundial, cuando el Estado tuvo que prestar numerosos servicios que el mercado, por sí solo, en ese momento, no era capaz de asegurar. Actualmente, los organismos que prestan este tipo de servicios son muchos menos, debido en gran parte a las privatizaciones de las últimas décadas” (MARTÍNEZ, 2002, p. 58).

Assim, a relação entre os ‘*quangos*’ e os ‘serviços públicos comerciais’ a serem prestados depende da vinculação política estabelecida entre a necessidade, a possibilidade e a utilidade da exploração do respectivo setor pelo Poder Público ou por entes privados. A mesma autora observa, ainda, fenômeno idêntico, agora sob o ponto de vista do que ela chama de ‘serviços sociais’:

“Los organismos encargados de prestar servicios sociales se denominan *Managerial Bodies*. Entre ellos cabe citar, por ejemplo, a la *National Health Authority* y a todos los organismos que dependen de ella (las *Regional and Area Health Authorities*), que prestan el servicio de salud, y a la *Manpower Services Commission*, que ofrece formación a desempleados y ayuda para la búsqueda de empleo.

A los *Managerial Bodies* les ha ocurrido lo mismo que a los *Industrial Bodies*. Después de la Segunda Guerra Mundial fue necesario crear numerosos organismos que prestaran servicios sociales, pero en la actualidad el Estado ha reducido la oferta de este tipo de servicios y, con ello, el

número de *quangos* encargados de prestarlos” (MARTÍNEZ, 2002, p. 58).

Assim, a prevalência do setor público ou privado em determinada área da economia não depende unicamente das características ínsitas às atividades neles desenvolvidas, mas também, e principalmente, das escolhas de ordem política que disciplinam a relação do Estado com a economia.

Isso justifica as circunstâncias que promoveram a reforma do Estado e seu reposicionamento frente às atividades geradoras de riqueza, contexto dentro do qual surgem as agências reguladoras.

Dessa forma, pode-se observar a seguinte situação no Brasil: as atividades geradoras de riqueza podem ser chamadas de ‘atividade econômica’ ou de ‘serviço público’.

A atividade econômica, via de regra, é exercida pelos entes privados, salvo quando sua exploração direta for necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, ou nas hipóteses previstas na Constituição (art. 173, CF). Nesse caso, a excepcional atuação direta do Estado se dá sob o regime de direito privado, por meio das empresas públicas ou das sociedades de economia mista. A regra, contudo, é a atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, desempenhando as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (art. 174, CF).

Os serviços públicos podem ser prestados diretamente pelo Estado, ou indiretamente: pela constituição de pessoas jurídicas de direito público, como fundações e autarquias, ou de direito privado, como as empresas públicas e as sociedades de economia mista, as quais deverão se beneficiar de ‘outorgas’ para a prestação dos respectivos serviços públicos. Pode ainda o Estado ‘delegar’ a entidades de direito privado a prestação de tais serviços, por meio de concessão e permissão, ou mesmo terceirizar sua prestação.

Com a reforma do Estado, muitas atividades econômicas por ele exercidas e mesmo muitos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pelo setor público foram transferidos à iniciativa privada. Tal processo, contudo, não significou o afastamento integral do Estado desses setores (LEFEVRE, 2004, pp. 136-137)<sup>22</sup>, pois veio acompanhado da criação das agências reguladoras, protagonistas do reposicionamento do Estado frente a esses setores da economia.

Se por um lado a intervenção regulatória do Estado almeja a superação das falhas de mercado, por outro ela esbarra no temor da substituição destas pelas falhas de governo.

---

<sup>22</sup> “Ou seja, há fundamentos legais em abundância a autorizar a afirmação do sentido de que, apesar de a Constituição Federal e a Lei de Concessões, promulgada com vistas a promover a reforma administrativa, autorizarem a outorga da exploração dos serviços públicos pela iniciativa privada, não se dispensou a participação do Estado na regulamentação, acompanhamento e fiscalização desses serviços (arts. 174, *caput*, e 175 da CF, e 29 e 30 da referida lei), como garantia de acesso a todos os cidadãos”.

Entende-se por falhas de mercado a incapacidade de ele próprio levar o processo econômico a uma situação social ótima. São exemplos dessas deformações a existência de economias de escala<sup>23</sup>, as externalidades<sup>24</sup>, a existência de bens públicos<sup>25</sup>, a informação imperfeita e assimétrica e a incerteza (ALEM, BARROS e GIAMBIAGI, 2002, p. 2).

Já as falhas de governo são as mesmas que impuseram a falência do exercício direto da atividade econômica pelo Estado, como exemplo: a captura, a ineficiência, o desvio de finalidade e a burocracia.

Por essa razão, a regulação se encontra no centro de uma disputa que predominou no mundo pelo menos nos últimos quarenta anos: Estado x iniciativa privada. O primeiro, como já afirmado, enfrentou inúmeras vicissitudes que, com o tempo, praticamente inviabilizaram a sua atuação direta na economia. Já a iniciativa privada, por outro lado, também se mostrou incapaz de atender os anseios de auto-sustentabilidade de mercado.

A regulação se propõe, nessa conjuntura, a superar as falhas de mercado sem apresentar as falhas de governo inerentes à atuação estatal, ou pelos menos reduzi-las a um nível tolerável.

---

<sup>23</sup> Redução do custo médio de produção pelo aumento da dimensão do empreendimento, pela expansão da capacidade de produção de uma firma ou indústria com custo proporcionalmente inferior ao do produto.

<sup>24</sup> Externalidade é a imposição involuntária de custos ou de benefícios, com efeitos sobre terceiros, sem que se tenha oportunidade de impedi-la. Não há a obrigação de pagar (no caso de positiva) ou ser indenizado (no caso de negativa).

<sup>25</sup> Exemplo de externalidade positiva, os bens públicos impõem involuntariamente seus benefícios. Ante sua excessiva oferta, há o desinteresse na produção, o que gera uma ineficiência de mercado.

Em classificação elaborada por Mario Luiz Possas, João Luiz Ponde e Jorge Fagundes, a regulação pode ser dividida em regulação ativa e regulação reativa (POSSAS, PONDE E FAGUNDES, 1997, p. 8).

A primeira seria a regulação propriamente dita, caracterizada pelo estabelecimento de instrumentos e metas administrados publicamente, voltada àqueles setores que apresentam consideráveis falhas de mercado. Nessas hipóteses, necessariamente as falhas de governo decorrentes da regulação são menos custosas que as falhas de mercado verificadas.

A segunda seria a regulação destinada à prevenção e repressão de condutas anticompetitivas (regulação antitruste).

Em momento oportuno, se abordará a maneira pela qual as agências atuam, assim como os seus campos materiais de abrangência, de sorte que a sua atividade ou reatividade se revelará num plexo maior de atribuições, utilizadas na elaboração do quadro esquemático relativo ao desenho institucional proposto.

Com efeito, é possível concluir que a regulação se ergue com o objetivo de superar as falhas de mercado, especialmente nos privatizados, almejando, em contrapartida, combater as falhas de governo inerentes à atividade regulatória, que se dá em dois campos: o ativo e o reativo.

## 2.1 A INSERÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ESTADO PÓS-MODERNO

A transferência da exploração direta de determinadas atividades para a iniciativa privada enseja ao Estado a necessidade de intervir nesses setores específicos, dessa sorte com o que se chama de intervenção leve ou pró-sociedade. Diante da peculiaridade desses mercados, como dito, cria o Estado entes reguladores com independência suficiente a dar suporte a decisões ou regulamentações eminentemente técnicas. No dizer de João Bosco Leopoldino da Fonseca, “como as atividades econômicas privatizadas são de grande diversidade e de especialidades bem demarcadas, o Estado cria *agências* também diversificadas e especializadas para o exercício das incumbências constitucionais” (FONSECA, 2004, p. 295) (arts. 174 e 175, CF). Essas agências setoriais e especializadas são incumbidas de regular o mercado específico e de instrumentalizar a aplicação de políticas públicas nesses mercados, por meio de ‘funções’ (JUSTEN FILHO, 1997, pp. 28-37) de constitucionalidade duvidosa, pois se valem do plexo funcional clássico, administrativo, legislativo e judicial (art. 2.º, CF). Deixam-se de lado, contudo, as eventuais discussões acerca da constitucionalidade das atribuições das agências reguladoras, a uma, pois não se trata do objeto do trabalho, a duas, porque, de fato, tais atribuições vêm sendo exercidas e, ao que parece, têm encontrado respaldo no sistema jurídico, que lhes tem outorgado ampla vigência.

Assim, cabe às agências reguladoras não apenas implementar políticas públicas nos setores da economia em que atuam, mas lhes compete, precipuamente, romper com os monopólios consolidados por anos de exploração estatal e preparar esses mercados para que sejam, de fato, explorados em regime de competição. Citando Gaspar Ariño Ortiz, Marcos Jurema Villela Souto observa:

“A concessão era o único método que o Estado entendia como apto a satisfazer essas necessidades sociais; porém, segundo uma ideologia socialista latente na concepção de Duguit, modificou-se tal opção pelas técnicas de gestão direta dos serviços públicos; só a partir da mudança ideológica, que pretende reduzir a categoria de serviços públicos a determinadas atividades essenciais ou primordiais, é que se observa o desaparecimento da opção pela gestão direta, a busca da concorrência e da eficiência na prestação desses serviços e atividades de interesse da sociedade, já com base na ideologia da liberdade de mercado e do princípio da subsidiariedade” (SOUTO, 2002, p. 32).

Esta tem sido a tendência do que se chama de Estado pós-moderno: setores da economia antes explorados exclusivamente pelo Estado passam a ser geridos pela iniciativa privada, mediante a regulação estatal, destinada a implementar políticas públicas nesses setores tidos como estratégicos e, ao mesmo tempo, introduzir gradativamente a concorrência em tais mercados fechados. Isso significa uma modificação no que se entende por serviço público e por atividades que podem ser assim consideradas.

Carlos Ari Sundfeld, sobre a influência que inspirou tal sistemática, deduzindo a maneira pela qual esses novos entes devem permear o exercício de suas atribuições, aduz:

“Quando, especialmente na doutrina norte-americana, fala-se em ‘desregulação’ como sendo (ou devendo ser) a tendência da postura estatal relativamente aos lá denominados ‘serviços de utilidade pública’, está-se tratando justamente do movimento de introdução da competição nesses serviços, eliminando-se a parte da regulação que, tendo sido criada para controlar os monopólios (controle das tarifas, p. ex.), passou a ser apontada como a grande responsável pela própria manutenção deles. Mas essa ‘desregulação’ não elimina, antes supõe, a intervenção estatal via ‘regulação’, só que agora com outras técnicas e novos objetivos, todos coerentes com o projeto de eliminação dos monopólios” (SUNDFELD, 2001, p. 5).

O autor paulista pondera, com muita propriedade, que a atuação das agências reguladoras, em muitos casos, tende a se deformar pela acomodação de seus agentes às estruturas monopolísticas as quais deveriam combater<sup>26</sup>. É nesse sentido que é apresentado o exemplo das políticas de controle de tarifas. Em princípio, controlando-se a formação dos preços no respectivo mercado regulado, estar-se-ia garantindo a efetividade do princípio da modicidade de tarifas. Na prática, contudo, tal mecanismo em muitos casos funciona de maneira diversa. É que garantindo a estabilidade dos preços, a agência reguladora impede a instauração da competição nesse mercado específico, afastando, por conseguinte, todos os seus benefícios, como a redução dos custos de produção, a melhoria na prestação dos serviços e a própria queda das tarifas. Com isso, conclui Sundfeld, a ‘desregulação’ requer, para sua efetiva implementação, a própria regulação, como sucedâneo do regime de exploração monopolística pelo Estado, e com o

---

<sup>26</sup> Alertando sobre a possibilidade de a ineficiência da prestação dos serviços por parte do Estado se estender à própria regulação, Antônio Carlos Contra do Amaral observa: “A privatização de serviços públicos no Brasil iniciou-se quando esse processo já era irreversível. Surgiu um problema de difícil solução. O Estado-Administrador havia perdido a capacidade para prestar satisfatoriamente serviços públicos. Mas,

escopo de inserir nesses mercados as regras de concorrência da atividade econômica.

Contudo, a impossibilidade de instauração imediata do regime de competição nesses mercados é que dá sentido à própria existência das agências reguladoras. Em termos ideais, as agências reguladoras e o CADE deveriam, naturalmente, convergir de maneira harmônica nos seus processos decisórios, o que não ocorre na prática.

## 2.2 A REGULAÇÃO, SEUS SUJEITOS E ATRIBUIÇÕES

Sobre a natureza jurídica das agências reguladoras, Marcos Jurema Villela

Souto pontua:

“A regulação exercida por autoridade independente (denominação utilizada nas doutrinas francesa e italiana) atua com poderes típicos do Estado, limitando a atividade desenvolvida em regime de liberdade; daí a necessidade de personalidade jurídica de direito público, o que, aliado à autonomia para o desempenho dessa função, justifica, no direito brasileiro, a adoção de forma autárquica como ideal para a descentralização da regulação estatal.

A independência é assegurada, em síntese, por recursos para o seu funcionamento sem a ingerência de terceiros, colegiado superior composto de membros estáveis, escolhidos em razão de sua eficiência, reputação ilibada e qualificação profissional na área objeto da regulação, com mandato fixo e desvinculado dos mandatos políticos. Os dirigentes são indicados ao Poder Legislativo e, aprovados, são nomeados com mandato fixo, sujeitos à perda apenas nas condições previstas em lei, devidamente motivadas.

(...)

São, pois, entidades que integram a Administração Pública indireta, criadas por lei para o exercício da autoridade

---

paradoxalmente, o sucesso da privatização estava – e está – intimamente ligado à existência de um Estado-Administrador dotado de capacidade para **regular** a atividade privatizada” (AMARAL, 2001, pp. 02-03).

inerente à função de intervir na liberdade privada por meio de ponderação entre interesses em tensão, tendo, assim, personalidade de direito público, caracterizando-se como autarquia, por exigir autonomia em relação ao poder central, da espécie autarquia especial, por ser dotada de independência, que se manifesta, principalmente, pela atribuição de mandatos fixos a uma direção colegiada” (SOUTO, 2002, pp. 230-231).

A independência é o traço mais forte das agências reguladoras, razão pela qual a sua natureza é autárquica, mas sob regime especial. A independência é uma exigência da atividade desenvolvida pela agência, e se reveste do mito tecnicista a fim de conferir ao regulador a autoridade de quem não milita em prol de nenhum dos interesses envolvidos, mas apenas age com base em princípios informativos de ordem técnica. Sabe-se, contudo, que tal argumento não é imune a críticas, devendo, por conseguinte, ser utilizado com parcimônia e senso crítico.

É que a própria atividade reguladora pode ser observada sob diversos aspectos, o que tem motivado não poucos debates desde a sua instituição. Luís Roberto Barroso, prefaciando obra de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, apresenta o que talvez seja a mais interessante de todas as classificações:

“Segundo a elaboração desenvolvida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a função reguladora é na verdade um híbrido de atribuições de natureza variada, inclusive fiscalizadoras e negociadoras, mas também normativas, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras. Ela se vale de um complexo de funções clássicas – administrativas, normativas e judicantes –, variando apenas o método decisório. No domínio da função reguladora devem predominar as escolhas técnicas, preservadas das disputas partidárias e das complexidades dos debates congressuais, mais apropriados às escolhas político-administrativas. Em uma tentativa de sistematização, inspirada pela clássica divisão

de funções no âmbito do Estado, é possível classificar as atividades das agências reguladoras em executivas, decisórias e normativas” (BARROSO, 2003, p. 46).

Dessa forma, estariam as agências reguladoras ‘tomando de empréstimo’ um pouco de cada atividade ínsita a cada um dos Poderes da República, exercendo atividade administrativa, quase judicial e quase legislativa<sup>27</sup>.

Dizem-se administrativas as atividades de autogestão, de fiscalização, de implementação de políticas públicas e demais congêneres, não havendo aqui grandes polêmicas, eis que as agências desse tipo já atuam no âmbito do próprio Poder Executivo.

As atividades quase judiciais são aquelas concernentes à solução de contendas entre os agentes dos respectivos mercados. Tal faceta, contudo, não prejudica o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5.º, XXXV, CF), estando os atos administrativos das agências, ainda que revestidos dessa faceta quase judicial, sujeitos ao controle do Judiciário, mesmo que de maneira limitada no tocante aos aspectos técnicos e meritórios.

Já as atividades quase legislativas são aquelas em que as agências reguladoras normatizam, com caráter de generalidade, determinadas atividades

---

<sup>27</sup> “Mas a intervenção regulatória não se exaure no momento de positivação das normas. Regular a economia não significa só o estabelecimento de regras cujo conteúdo ou objeto tenham efeitos econômicos, fixando um conjunto de prescrições que determinem o comportamento (próprio e alheio), mas também (e especialmente) o controle e a fiscalização do cumprimento dessas regras e a sanção à sua violação (ou ao seu cumprimento, no caso das sanções premiaias)” (MOREIRA, 2005, p. 20).

objeto da regulação, fazendo as vezes do Poder Legislativo, utilizando-se daquilo que Diogo de Figueiredo Moreira Neto chama de deslegalização:

“A terceira técnica geral de delegação vem a ser a *deslegalização*, oriunda do conceito desenvolvido na doutrina francesa da *délégation de matières*, adotado na jurisprudência do Conselho de Estado de dezembro de 1907, a que comentários de Maurice Hauriou deram destaque e notoriedade, a qual, modificando postura tradicional, no sentido de que o titular de um determinado poder não tem dele a disposição, mas, tão-somente, o exercício, passou a aceitar, como fundamento da delegação, *a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei (domaine de la loi), passando-as ao domínio do regulamento (domaine de l’ordonnance)*.

A *lei de deslegalização* não necessita, assim, sequer penetrar na *matéria* a ser tratada, bastando que abra a possibilidade a quaisquer outras fontes normativas, estatais ou não, de *regulá-la por atos próprios* que, por óbvio, não serão de responsabilidade do Poder Legislativo, ainda que sobre eles possa e deva continuar a ser exercido um controle político sobre eventuais exorbitâncias” (MOREIRA NETO, 2003, p. 122).

Assim, determinadas matérias que em princípio necessitariam da forma de lei para poderem ser disciplinadas passam da esfera legislativa para a esfera regulamentar, de titularidade das agências reguladoras, por intermédio de uma lei que transfere a legitimidade para normatizar determinado setor, observados prévios limites e restrições.

Se no caso da quase jurisdição houve a necessidade de fazer uma compatibilização com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5.º, XXXV, CF), no caso da deslegalização deve ser feita uma compatibilização com o princípio da separação harmoniosa dos Poderes da

República (art. 2.º, CF) e o da legalidade (art. 5.º, II, CF), de maneira que a deslegalização se apresente como a solução lógico-jurídica para os eventuais problemas decorrentes da atuação normativa das autoridades reguladoras.

O mesmo problema foi enfrentado nos Estados Unidos e bem relatado por Eloísa Carbonell Porrás na obra *“Agencias y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América”*:

“Sin perjuicio de la general aceptación de la rectitud teórica de la prohibición de delegación, la realidad impone una solución diferente. Las delegaciones son necesarias por la proliferación de las actividades de las agencias en sectores muy diversos y la imposibilidad de que el Congreso tenga los conocimientos técnicos y la experiencia necesaria para legislar exhaustivamente. Pero, en todo caso, la nueva teoría de la no delegación está presente, pues se insiste en que la delegación precise claramente cuáles son los criterios a los que debe ajustarse la agencia, se fijen estándares concretos como en etapas anteriores” (CARBONELL e MUGA, 1996, pp. 27-28).

Essa delegação, ou, como dito anteriormente, deslegalização, não é irrestrita, mas deve vir acompanhada dos parâmetros sobre os quais o Poder Legislativo transfere ao Poder Regulamentar atribuições originariamente suas e que, em princípio, seriam indelegáveis.

Ainda sobre o mesmo fenômeno nos Estados Unidos, Peter L. Strauss destaca criticamente:

“Os órgãos administrativos já foram chamados de poder paralegislativo, paraexecutivo ou parajudicial, de acordo com

as circunstâncias, a fim de validar suas funções dentro do esquema da separação de poderes da Constituição. O próprio recuo da qualificação 'para' implica a confissão de que todas as classificações reconhecidas se esfacelaram, sendo esse prefixo 'para' uma cobertura que usamos para disfarçar nossa confusão, da mesma forma que poderíamos usar um biombo para esconder uma cama desarrumada" (STRAUSS, 2004, p. 55).

A posição crítica adotada pelo professor norte-americano, como se vê, em muito se aproxima daquela verificada nos autores brasileiros. A questão fulcral reside em como compatibilizar as funções reguladoras com o princípio constitucional de separação dos poderes.

Mas o mesmo Peter L. Strauss, em outro artigo, reconhece a naturalidade com que o problema é enfrentado em seu país:

"É importante notar que a segregação de Poderes de que estamos falando verifica-se entre a Presidência, o Congresso e o Judiciário – as três instituições cujas funções são definidas pela Constituição, posicionadas, em desconfortável tensão, bem no topo da estrutura do Governo americano. O Congresso não pode executar ou julgar; o Presidente não pode legislar; os Tribunais não podem assumir a tarefa de administrar e legislar. Porém, o Congresso pode delegar poderes – e normalmente o faz – a um órgão por ele criado para administrar determinada área do direito, para adotar regulamentos que, se válidos, terão a força de diploma legal, para estabelecer prioridades administrativas, para empreender medidas de execução dentro de sua área de ação e para resolver controvérsias específicas que possam surgir após ter tomado conhecimento das provas e dos argumentos pertinentes. Em outras palavras, os órgãos criados normalmente legislam, executam e tomam decisões judiciais – isto, repetimos, sem que se note diferença se eles se posicionam como departamentos ministeriais, tal como a OSHA, como estabelecimentos executivos independentes, tal como a EPA, ou como comissões reguladoras independentes, tal como a FCC" (STRAUSS, 2004, p. 27).

A delegação de funções pelo Poder Legislativo a órgãos por ele mesmo criados, se bem que dentro de certos parâmetros, o que constitui a síntese da idéia de deslegalização, é fato consumado nos Estados Unidos – de onde importamos a idéia de regulação – e, simetricamente, pode ser aplicada ao direito nacional, não obstante as maiores dificuldades encontradas no texto da Constituição brasileira em comparação com a norte-americana, fato não olvidado por Peter L. Strauss:

“Se partirmos agora do federalismo para a segregação dos poderes, talvez seja cabível começar dizendo que a nossa Constituição não conta com uma declaração explícita tal como a do art. 2.º da Constituição brasileira, ou seja, que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário – independentes e harmônicos entre si – são os Poderes da União. Declarações como essa aparecem nas Constituições de vários Estados na época em que a nossa Constituição foi elaborada, porém não integraram o documento do texto federal. A idéia de segregação dos poderes, no entanto, está permeada na estrutura e nas disposições da Constituição. Tais disposições, evidentemente, definem somente os Poderes da Presidência, do Congresso e do Judiciário” (STRAUSS, 2004, p. 26).

Com efeito, muito embora a Constituição americana não contemple, a exemplo da brasileira, dispositivo expresso acerca da separação harmoniosa dos Poderes da República, é certo que ela de fato existe e se acha assegurada, mesmo que indiretamente, dado que o texto norte-americano, ao dispor em vários momentos sobre as diversas atribuições de seus Poderes, acolheu, da mesma maneira, o princípio consagrado expressamente pela Carta nacional.

Isso leva a crer que pelas mesmas dificuldades por que passamos também passaram e, por que não dizer, ainda passam os norte-americanos. Isso, contudo, não serviu de razão a impedir o efetivo exercício, pelas autoridades reguladoras, de suas funções, ainda que em observância aos parâmetros gerais de razoabilidade e dentro dos limites impostos pelo próprio Poder delegador.

Significa dizer que essas limitações, além das impostas explicitamente em cada caso, são aquelas que permitam a verificação, por exemplo, pelo Poder Judiciário (independente e harmonicamente), da observância, pelo ente ao qual foi delegada a função, dos limites da delegação e das normas constitucionais.

Com efeito, nesse primeiro momento, podemos identificar no agente regulador três níveis de atividade:

- 1) a executiva;
- 2) a quase legislativa e;
- 3) a quase judicial.

Por outro lado, não se pode olvidar outro tipo de classificação, fundamental para o desenvolvimento do presente trabalho, e que será adotada à guisa de corte epistemológico, tratada por Maria Manuel Leitão Marques, João Paulo Simões de Almeida e André Matos Forte (MARQUES, ALMEIDA e FORTE, 2005, p. 28).

Primeiramente, do ponto de vista do sujeito regulador, podemos dividi-los em:

- 1) autoridade setorial e;
- 2) autoridade da concorrência.

Para tal classificação, a autoridade setorial corresponde à nossa agência reguladora, nos termos em que foi estudada até agora: independente e tecnicista. Já a autoridade da concorrência, também conhecida como autoridade transversal (porque não se restringe a um único mercado, mas atinge a todos transversalmente), é o que no Brasil representa o CADE.

É bem certo que no Brasil o CADE não está formatado como uma agência reguladora, mas exerce o controle da política concorrencial com jurisdição transversal sobre todos os mercados, inclusive os regulados<sup>28</sup>.

Por outro lado, ainda na classificação adotada pelos autores portugueses, podemos dividir a regulação em três níveis, do ponto de vista material:

- 1) regulação técnica;
- 2) regulação econômica e;
- 3) regulação da concorrência.

A regulação técnica é aquela fundada em elementos técnicos específicos de cada mercado regulado, “por exemplo, saber o que são condições razoáveis em preço e qualidade para o acesso às redes” (MARQUES, ALMEIDA e FORTE, 2005, p. 23). Esse tipo de regulação é o que se pode destacar como o mais

próximo da 'regulação pura', tecnicista e distanciada dos aspectos econômicos e políticos.

A regulação econômica, como o próprio nome indica, se volta para os aspectos econômicos do mercado regulado, como a proteção dos interesses dos consumidores, especialmente no que respeita aos preços, à qualidade dos serviços, ao cumprimento por parte dos operadores das obrigações estabelecidas nas leis, regulamentos, contratos de concessão, licenças e congêneres, assim como a transparência nos relacionamentos comerciais do setor, a eficiência dos serviços prestados e o seu desenvolvimento técnico, econômico e ambiental.

Já a regulação da concorrência “pode ser dividida em dois tipos: medidas pró-activas destinadas a promover a concorrência e estimular o funcionamento das regras de mercado, incluindo a avaliação periódica do grau de dominação dos mercados; e medidas preventivas (controlo das concentrações) ou reactivas a restrições à concorrência (colusões ou abuso de posição dominante)” (MARQUES, ALMEIDA e FORTE, 2005, p. 26).

No Brasil, como já desenvolvido em tópico anterior, as chamadas 'medidas preventivas' são aquelas previstas no art. 54 da Lei 8.884/94, enquanto as 'medidas reactivas' correspondem aos processos punitivos por prática de condutas anticompetitivas. Quanto às medidas 'pró-activas', essas não são

---

<sup>28</sup> À exceção da polémica sobre a possibilidade de o CADE intervir no setor financeiro, matéria muito bem abordada na obra “*Concorrência e regulação no setor financeiro*”, de Campilongo, Rocha e Mattos, 2002, caso abordado em tópico posterior.

tomadas pelo CADE, mas pelas agências reguladoras, o que será oportunamente abordado com mais profundidade.

Temos postos, assim, os elementos conceituais que serão utilizados para o desenvolvimento do presente trabalho: do ponto de vista subjetivo, a regulação pode ser promovida pelas autoridades setoriais (agências reguladoras) ou pela autoridade transversal ou da concorrência (CADE). A atuação desses sujeitos nos respectivos mercados poderá ser de três maneiras: regulação técnica, regulação econômica e regulação da concorrência, mediante a utilização de três espécies funcionais: a administrativa, a quase legislativa e a quase judicial. O objetivo do trabalho é definir onde cada sujeito deve atuar, e de que forma.

### 2.3 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA COMO MODALIDADE DE REGULAÇÃO

Como se pôde perceber, para se adotar a classificação acima exposta é necessário, antes, refletir sobre a relação conceitual entre a defesa da concorrência e a regulação, o que pode ser observado ainda na obra portuguesa consultada:

“À partida e aparentemente, regulação e defesa da concorrência visam objectivos opostos, constituindo duas maneiras diferentes de lidar com os mercados. Assim, uma actividade fortemente regulada é aquela onde existe menos concorrência. Em consequência, quem é responsável pela regulação não deveria poder ocupar-se da defesa da concorrência. Contudo, a realidade não é linear. Primeiro, porque há formas de regulação que não afectam a concorrência. Depois, porque a regulação também pode servir para promover a concorrência. Esta situação é

particularmente visível em alguns serviços públicos, onde tem sido necessária a regulação para estimular a entrada de novos operadores no mercado e controlar o abuso de posição dominante dos operadores já instalados” (MARQUES, ALMEIDA e FORTE, 2005, p. 09).

Dessa sorte, a oposição entre regulação e concorrência é apenas aparente, não sendo muito difícil imaginar a segunda como uma espécie da primeira. O fato é que, a despeito de se inserirem num ambiente reformista e se travestirem de inovação, ambos os conceitos não são novos, apenas estão sendo usados agora de maneira diversa, adaptados ao Estado pós-moderno. Antes, a concorrência, de fato, se opunha à regulação, eis que esta desconhecia a independência e, em geral, se manifestava no intervencionismo monopolista do Estado.

Embora os conceitos não o sejam, a situação, de fato, agora é outra. A regulação mudou sensivelmente, assim como a defesa da concorrência.

A regulação, que antes se opunha à concorrência, sendo o braço estatal na exploração da atividade econômica, geralmente monopolizando-a e, quando não, intervindo de maneira paternalista nos setores envolvidos, deixa de apresentar tal perfil e surge quase como uma antítese material do que antes se manifestara: o afastamento do Estado da atuação direta e a promoção da concorrência como maneira de gerar a eficiência. A promoção da concorrência, contudo, não é a única arma de que dispõe a autoridade reguladora para exercer sua função, mas é, sem dúvida, uma das mais eficientes e, por que não dizer, uma das mais utilizadas.

Assim, a regulação, que antes representava o antiliberalismo, agora passa a abandonar tal rótulo e se aproximar do ideal da exploração privada dos mercados, como maneira de retirá-los dos guetos estatais em que por muitos anos permaneceram e fazer com que sejam abertos, de fato, à exploração econômica, e consigo possam trazer verdadeira distribuição na sua fruição<sup>29</sup>.

Por outro lado, a defesa da concorrência assume traços diferentes dos que antes apresentava, passando a constituir verdadeiro instrumento de implementação de políticas públicas, conforme oportunamente observado por Paula A. Forgioni:

“Tendo-se em mente os objetivos da Lei Antitruste, aparece clara, conjuntamente com o aspecto instrumental desse tipo de norma, sua aptidão para servir à implementação de políticas públicas, especialmente de políticas econômicas entendidas como ‘meios de que dispõe o Estado para influir de maneira sistemática sobre a economia’.  
Ou seja, o antitruste já não é visto apenas em sua função de eliminação dos efeitos autodestrutíveis do mercado, mas passa a ser encarado como um dos instrumentos (ou meios, conforme a terminologia utilizada por José Francisco Camargo) de que dispõe o Estado para conduzir o sistema” (FORGIONI, 2005, pp. 193-194).

Assim, em um fenômeno inverso do ocorrido com a regulação, a defesa da concorrência, instrumento classicamente identificado com o liberalismo, dele se

---

<sup>29</sup> Sobre essa questão, Luiz Roberto Barroso observa: “A privatização dos 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 seu papel” (BARROSO, 2003, p. 22).

afasta um pouco para se aproximar dos instrumentos de implementação de políticas atuadas do Estado.

Logo, a anterior oposição entre regulação e concorrência começa a se descaracterizar pela recíproca aproximação, estando ambas no mesmo espaço instrumental de implementação de políticas públicas, embora, em ambos os casos, sob os pressupostos liberais de exploração privada dos potenciais econômicos. Quando se fala em exploração privada, não se deve confundi-la com exploração irresponsável, descompromissada ou predatória dos mercados, eis que, como já ressaltado, essa exploração será tutelada pelas autoridades independentes, aí se incluindo a respectiva autoridade setorial e a autoridade transversal, ambas fazendo valer políticas públicas.

Calixto Salomão Filho, sobre as relações entre concorrência e regulação, observou:

“A diferença entre direito antitruste e regulação está basicamente na forma de intervenção. A atuação do direito antitruste é essencialmente passiva, controlando a formação de estruturas e sancionando condutas. Trata-se do que a doutrina administrativa costuma chamar de atos de controle e de fiscalização, através dos quais o Estado não cria a utilidade pública, limitando-se a fiscalizá-la ou controlá-la. Já a regulação não pode se limitar a tal função. É preciso uma intervenção ativa, que não se restrinja ao controle, mas preocupe-se com a verdadeira criação da utilidade pública através da regulação. A utilidade pública, nos setores reguláveis, consiste exatamente na efetiva criação de um sistema de concorrência (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 31).

Percebe-se que o professor paulista aponta sensível diferença entre a regulação e a concorrência: a segunda diverge da primeira porque, ao contrário desta, não exerce a função quase legislativa<sup>30</sup>. O CADE, assim, exerce a função administrativa na sua autogestão e nos momentos em que cobra suas taxas, impõe sanções e regulamenta os procedimentos concorrenciais; atua na função quase jurisdicional quando aprecia os incidentes entre concorrentes e tutela o bem difuso objeto de sua atuação mediante seus julgamentos. Contudo, diferentemente das agências reguladoras, não exerce a atribuição chamada que quase legislador, por meio da deslegalização, diferenciando-se, nesse ponto, das autoridades setoriais.

Isso, todavia, não impede a visualização da autoridade da concorrência como inserta na categoria geral das autoridades reguladoras, mais especificamente de forma transversal, tutelando a concorrência. Como em cada espaço setorial as respectivas autoridades detêm características peculiares, a diferenciação acima apontada seria a peculiaridade da autoridade da concorrência, que figuraria, dessa forma, como uma subespécie, ao lado das autoridades reguladoras setoriais, da categoria geral: autoridades reguladoras. Tal *status* lhes conferiria, no que coubesse, todas as prerrogativas de independência.

---

<sup>30</sup> No início do capítulo abordamos as funções administrativas, quase legislativas e quase judiciais das autoridades regulatórias.

Surge, assim, a possibilidade de convergência entre a atuação dessas autoridades setoriais e a da autoridade da concorrência, tudo dentro da classificação adotada por Marques, Almeida e Forte, que ressaltam:

“E se há questões evidentes onde a competência só pode ser atribuída às autoridades da regulação sectorial (por exemplo, a fixação de preços ou o controlo da qualidade) ou à autoridade transversal (como o controlo das actividades colusivas), pode haver outras competências que tanto possam ser exercidas por uma quanto por outra autoridade (por exemplo, a garantia da liberdade de acesso às infra-estruturas essenciais). Acresce que a intervenção em sede de regulação sectorial pode ser em si mesma anticoncorrencial (fixação de preços, tarifário excessivo no acesso a uma rede que funciona como barreira à entrada); e a intervenção em sede de regulação transversal pode contrariar os objectivos da regulação sectorial (proibição de uma concentração que ajudaria a consolidar o sector, na perspectiva do regulador sectorial)” (MARQUES, ALMEIDA e FORTE, 2005, p. 15).

Diferenciados, e por que não dizer aproximados, os conceitos de regulação e concorrência, afigura-se logicamente seqüenciada a questão relativa à identificação subjetiva (distinção entre autoridade setorial e autoridade da concorrência) no tocante ao aspecto material da regulação (regulação técnica, econômica e da concorrência). Em outras palavras, a quem compete, não apenas em cada caso, mas em regra geral, a última palavra no que pertine às regulações técnica, econômica e da concorrência: à autoridade setorial ou à autoridade da concorrência?

Esse conflito será aprofundado e detalhado no capítulo seguinte, sem prejuízo, contudo, do debate acerca do argumento, bastante difundido e já

abordado inclusive no presente estudo, de que as decisões “de ordem técnica” – como aquelas tomadas pelas autoridades setoriais – são “isentas” ou, em tese, “imunes” às influências de ordem pessoal ou política. Esse argumento, em muitas oportunidades, tem servido para justificar a prevalência das decisões setoriais – portanto, “eminente técnicas” – sobre as decisões tomadas pelas autoridades da concorrência.

Assim, prejudicialmente ao desenvolvimento do tema, que deve se dar da maneira mais franca possível, necessário se faz ‘desconstruir’ esse mito para que tal argumento possa ser sopesado assim como os demais, de forma argumentativa.

#### 2.4 VERDADE E EFICIÊNCIA – UM PARALELO ENTRE A SUPERAÇÃO DA VERDADE POSITIVISTA E O MITO DA EFICIÊNCIA

A Teoria Geral do Direito (TGD) assume academicamente uma posição de vanguarda em relação às demais disciplinas jurídicas aplicadas. Em outras palavras, as grandes transformações por que passa o Direito, via de regra, nascem direta ou indiretamente das discussões travadas no âmbito da sua Teoria Geral.

Esse posicionamento da disciplina, filtrando as inovações e amadurecendo as novas idéias para que elas possam ser desenvolvidas pelas disciplinas aplicadas, se dá, precipuamente, em razão do enfoque por ela dado ao objeto de

estudo, absolutamente diverso da visão adotada pelas demais matérias tidas por aplicadas. É aí que se vislumbra a diferença entre zetética jurídica, utilizada pela TGD, e a dogmática jurídica, típica das disciplinas aplicadas.

Há, dessa maneira, duas perspectivas sob as quais se investiga um problema jurídico: a zetética, motivada principalmente pela pergunta, pela dúvida quanto aos princípios, as premissas e os conceitos básicos; e a dogmática, motivada pela resposta, na qual as premissas são assumidas como fora de questionamento, inatacáveis. Em outras palavras, a zetética se direciona para conhecer ‘o que é uma coisa’, ao passo que a dogmática objetiva ‘possibilitar uma decisão e orientar uma ação’ (FERRAZ JUNIOR, 2003, pp. 40-41).

A Teoria Geral do Direito se vale da primeira assim como as disciplinas jurídicas aplicadas se valem da segunda.<sup>31</sup> Entenda-se por disciplinas jurídicas aplicadas o que Tércio Sampaio Ferraz Junior chama de disciplinas dogmáticas, como

“a ciência do direito civil, comercial, constitucional, processual, penal, tributário, administrativo, internacional, econômico, do trabalho, etc. Uma disciplina pode ser definida como dogmática à medida que considera certas premissas, em si e por si arbitrárias (isto é, resultantes de uma decisão), como vinculantes para o estudo, renunciando-

---

<sup>31</sup> Não é apenas a Teoria Geral do Direito que se vale da zetética, mas também a sociologia, antropologia, psicologia, história, filosofia, ciência política etc. Mais especificamente da zetética jurídica se valem, além da própria TGD, que ao lado da lógica do raciocínio jurídico se vale da zetética analítica aplicada, a sociologia jurídica, antropologia jurídica, etnologia jurídica, história do direito, psicologia jurídica, economia política (zetética empírica pura), psicologia forense, criminologia, penologia, medicina legal, política legislativa (zetética empírica aplicada), filosofia do direito, lógica formal das normas, metodologia jurídica (zetética analítica pura) (FERRAZ JUNIOR, 2003, pp. 44-45).

se, assim, ao postulado da pesquisa independente” (FERRAZ JUNIOR, 2003, pp. 47-78).

Contemporaneamente, a Teoria Geral do Direito vem avançando sobre novas perspectivas, ainda não despertadas em grande parte das disciplinas dogmáticas. Essas novas reflexões se dão no contexto de superação do positivismo jurídico<sup>32</sup> e no ingresso no que se tem chamado de pós-positivismo. O positivismo referido no presente trabalho é o identificado com o cartesianismo iluminista, e é nessa perspectiva que será estudado. Sobre a perspectiva cartesiana:

“Consegui Descartes tirar do eu o mundo. Mas, que mundo! Um mundo que nada se parece ao que chamamos de mundo, porque este mundo de idéias claras e distintas é um mundo que foi elaborado tirando tudo aquilo que nós geralmente chamamos mundo, tirando dele as irregularidades, as cores, as complicações. É um mundo de puras realidades geométricas, é *l’extension, l’étendue*; é a extensão de distâncias. Por isso o sistema de Descartes será montado sobre estas três substâncias: o eu pensante ou pensamento, a extensão e Deus, substância criadora, e as outras duas substâncias criadas. De modo que esse mundo que tirou do eu é o mundo de pura substancialidade geométrica. (...) Esse mundo de pura substancialidade geométrica é o mundo da ciência moderna. A ciência moderna parte também desse pensamento cartesiano. Dele parte a físico-matemática. A idéia de Descartes, que consiste em reduzir o confuso e obscuro a claro e distinto, é a idéia que consiste em eliminar

---

<sup>32</sup> Primeiramente, não é novidade dizer da imprecisão da expressão ‘positivismo’, justamente pela inexistência de um movimento disciplinarmente organizado de pensadores caracterizados pela uniformidade de conclusões em todos os estudos realizados. O positivismo é amplo, e é até possível se dizer que existem vários positivismos. No entanto, para o presente estudo, será suficiente estabelecer que, “enquanto filosofia, o positivismo não busca o conhecimento universal ou absoluto, mas um conhecimento ‘geral’, enfeixado na coordenação sistemática das leis descobertas e formuladas pelos diferentes campos científicos. Dentre esses, ganha destaque o campo das ciências humanas e sociais, às quais a aplicação do método positivo pretendia os melhores resultados. A idéia era buscar na sociedade leis constantes e invariáveis que a explicassem, tal como se explicavam os fenômenos da natureza” (CAMARGO, 2001, p. 89). O positivismo jurídico abordado neste trabalho é o reflexo dessa mentalidade no direito.

do universo a qualidade e não deixar mais que a quantidade” (MORRENTE, 1964, p. 176).

Como se observa, o cartesianismo procura encarar o mundo mediante métodos matemáticos, crendo, via de conseqüência, na possibilidade de compreender ontologicamente as coisas<sup>33</sup> por fórmulas. É um posicionamento que anseia acima de tudo a segurança. É a busca de respostas definitivas, ‘verdadeiras’, nas quais o ‘ser’ possa confiar porque concretas e inquestionáveis. Por outro lado, é uma tentativa de superar o autoritarismo, ressaltando a necessidade de as coisas ‘serem como realmente são’, e não como arbitrariamente se definem.

No entanto, nos dias atuais, a hipercomplexidade do mundo e das relações que nele se desenvolvem revelou insuficiente e ineficaz a metodologia cartesiana, abrindo espaço para novas alternativas de encontro entre o ‘ser’ e o conhecimento. Essas novas perspectivas se abrem com o estudo da linguagem – em contrapartida à ontologia – e com a necessidade, no campo jurídico, da aplicação das teorias da argumentação jurídica (ALEXY, 2001), da tópica (VIEHWEG, 1979) e da nova retórica (PERELMAN, 1996), dentre outras, caracterizando a transição do positivismo para o pós-positivismo.

Tal passagem traz consigo uma modificação na maneira de encarar o direito, conseqüência do modo como se passou a enxergar o próprio mundo. A superação do positivismo acarreta, assim, a queda de muitos paradigmas e mitos.

Dentre os dogmas do positivismo, aquele utilizado no presente ensaio foi o da verdade. Não é de se confundir a ‘verdade positivista’, utilizada no presente estudo, com a verdade revelada da religião, nem com a verdade superior e estanque do jusnaturalismo. Para o positivismo, e é nesse sentido que o conceito foi aqui utilizado, a verdade consistia numa informação ontológica precisa sobre as coisas, seguramente alcançável e compreensível mediante a aplicação sistemática de métodos derivados das ciências naturais (DESCARTES, 2005, *passim*).

Essa verdade, ainda muito empregada na aplicação diária do direito, bem como a necessidade de sua superação mediante os estudos pós-positivistas, será trabalhada paralelamente ao mito da eficiência, de efeito discursivo razoavelmente equivalente ao da verdade, também muito corriqueiro no âmbito do Direito Econômico.

Este tópico será destinado à comparação do efeito discursivo dos argumentos da ‘verdade’ e da ‘eficiência’, o primeiro em seu uso na Teoria Geral do Direito e o segundo no Direito Econômico, defendendo-se a hipótese de ambos descenderem da mesma mentalidade positivista e, ao mesmo tempo, apontando-se na direção da necessidade de superá-los através da utilização dos métodos desenvolvidos pelo pós-positivismo.

---

<sup>33</sup> O que em si já é um posicionamento filosófico bem característico, admitindo primeiro a existência da ontologia enquanto essência apriorística, e segundo a possibilidade de alcançá-la pela aplicação do método.

Para tanto, o tópico foi subdividido em três partes. A primeira destinada ao desenvolvimento da idéia da 'verdade' no positivismo e no positivismo jurídico, sua aplicação prática no direito e a maneira pela qual vem sendo encarada pelo pós-positivismo. A segunda parte será dedicada à exposição do argumento da eficiência e da forma como ele vem sendo encarado pelo Direito Econômico, aplicando-se sobre ele a visão pós-positivista desenvolvida na primeira parte. A terceira e última parte será uma conclusão sobre os argumentos até então apresentados.

#### 2.4.1 *A verdade no positivismo*

O positivismo não foi um pensamento nascido no direito ou produzido exclusivamente pelos juristas. Nasceu, na verdade, da necessidade contextualizada num momento histórico que exigia do pensamento, especialmente das ciências sociais, uma afirmação científica, um conhecimento seguro e estável, portanto, confiável.

No direito, tal necessidade se dirigia a reduzir o arbítrio (muitas vezes arbitrário) na tomada de decisões que tivessem como pano de fundo um posicionamento axiológico. Dizer coercitivamente o que era justo, correto, não poderia mais depender de um julgamento subjetivo. Daí a necessidade de construir um sistema jurídico fechado, no qual se pudesse objetivamente concluir, por simples dedução, a decisão 'correta'. Essa dedução partiria de normas

jurídicas postas, inquestionáveis, só havendo, portanto, uma decisão possível: aquela informada dogmaticamente pelo ordenamento<sup>34</sup>.

Nessa perspectiva, era inevitável a separação entre o direito dogmaticamente posto e a moral. A norma se fundava num postulado formal de validade e trazia consigo o fundamento de legitimidade suficiente à sua aplicação sem maiores questionamentos morais, tendo em vista ter esse julgamento sido elaborado anteriormente, quando da feitura da norma. Não era dado ao aplicador do direito questionar a justiça da norma, ou mesmo a sua adequação ao caso concreto. Se uma norma 'N' atribuísse a uma conduta 'C' determinado valor 'V', não era legítimo ao aplicador discutir a legitimidade de 'N' (desde que observados os pressupostos formais), relativizar 'C' ou mesmo ponderar 'V'.

Pressupondo-se o pleno conhecimento por parte do agente da norma 'N', o sistema estaria seguro de que o aplicador, por razões subjetivas, não iria lhe atribuir um valor diferente de 'V', previsto na norma 'N'.

Dado um sistema normativo fechado, deveria o aplicador do direito 'encontrar' a decisão no ordenamento jurídico<sup>35</sup>. Isso, se por um lado lhe tolhia o

---

<sup>34</sup> Em sentido contrário: “A assunção do método e da teoria juspositivista não implica a assunção da ideologia do positivismo ético. Isto é demonstrável seja no plano lógico, visto que nunca é possível extrair de um fato um juízo de valor deste, seja no plano histórico, pois a teoria juspositivista parece geralmente ligada a *concepções éticas relativistas* bem distantes da concepção do Estado ético e das outras concepções éticas que comportam o princípio da absoluta obediência à lei. Isto pode ser encontrado claramente em Kelsen, que, longe de afirmar o absolutismo ético do direito do Estado, nega-lhe diretamente a supremacia jurídica, sustentando a superioridade do direito internacional em relação ao do Estado (com base numa ideologia pacifista, contraposta à imperialista)” (BOBBIO, 1995, p. 234).

poder decisório, facilitava-lhe a decisão do ponto de vista da fundamentação. A decisão encontrava fundamento nela mesma, decorrente que era do ordenamento jurídico informativo, não havendo necessidade de justificar razoavelmente a adequação da norma ao caso concreto, ou seja, não havia necessidade de justificar o porquê da decisão tomada, tendo em vista ser ela a única decisão possível, portanto, a verdade deduzida do sistema normativo.

Esse caminho trilhado levou o positivismo a demonstrar sua principal fragilidade: conviver com normas injustas, tiranas. Cumpridos os pressupostos formais, legitimada que estava pelo ordenamento jurídico posto, não havia alternativa senão aplicar a norma indistintamente, pois o direito não estava mais em Deus nem num sentimento jurídico de justiça superior, mas nas próprias normas postas. Isso fez despertar a necessidade de adequação da postura positivista, abrindo-se novas perspectivas ao jurista no que se refere à criação judicial do direito, como observado por Kaufmann:

“A crítica ao positivismo jurídico foi, a princípio, imanente. Os seus dois dogmas, de que o juiz não pode criar direito, mas que, ao mesmo tempo, não pode denegar a justiça, isto é, a proibição da criação de direito e a proibição de denegação de justiça, pressupõem, por imperativo lógico, um terceiro: o de que a ordem jurídica positiva seja um todo fechado e completo. Mas esta *pressuposição de ausência de lacunas das leis* mostrou-se insustentável. Todavia, uma vez que não se podia abdicar da proibição de denegação de justiça, a proibição de criação do direito teve que cair. Isto leva, porém, a que, perante uma lacuna da lei, o juiz se veja obrigado a fazer uso de critérios que se situam a jusante da lei. Assim, o

---

<sup>35</sup> Perceba-se que neste caso a ‘verdade’ está posta no próprio ordenamento, e não em lugar distinto e superior. Assim, é possível admitir, nesse contexto, duas ‘verdades diferentes’ em dois ordenamentos jurídicos diferentes.

positivismo rígido sofre uma modificação fundamental” (KAUFMANN, 2002, p. 121).

Com essa mudança de paradigma, surgem as mais recentes teorias destinadas a preencher com segurança essa nova margem de discricionariedade outorgada aos aplicadores do direito: justificar a decisão diante da sociedade, apresentando-a não mais como a única decisão possível, mas como a mais adequada, a mais justa. Deixa-se de lado, assim, o dogma da verdade decorrente de um sistema jurídico fechado e passa-se a pensar na justificação razoável da decisão como a mais democrática maneira de controlá-la.

A passagem da dogmática formalista, concebida num sistema jurídico fechado, para essa perspectiva argumentativa é a principal característica do pós-positivismo. Remetendo-se a Aristóteles, que diferenciava apoditicidade – correspondente às demonstrações empíricas das ciências naturais – e dialética – relacionada às contradições das relações humanas –, estaria o direito, na sua perspectiva ético-moral, para o pós-positivismo, ligado à segunda.

A hermenêutica passa então a ocupar espaço de destaque na Teoria Geral do Direito. Já que a norma não traz mais em si uma verdade inata, a ser simplesmente desvendada pelo aplicador, cabe agora interpretá-la, valorando-a, de maneira a se chegar à decisão mais razoável. Isso deságua na subjetividade tão combatida pelo positivismo, a ser controlada pela aplicação das teorias da argumentação jurídica.

Dessa sorte, o pós-positivismo veio superar o dogma da verdade do positivismo, dando maior liberdade de atuação ao aplicador do direito; em contrapartida, conferiu-lhe atribuição mais onerosa na fundamentação da decisão. Não basta mais atribuir a um determinado fato uma prescrição normativa: cobra-se do aplicador do direito uma justificativa razoável na valoração da causa, principalmente naqueles casos em que a norma não responde aos questionamentos impostos factualmente.

O modo como as coisas acontecem não é tão simples como o universo ideal da norma, que via de regra não tem como se antecipar às contingências.

Robert Alexy pondera:

“Em um grande número de casos, a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é uma conclusão lógica derivada de formulações de normas pressupostamente válidas, tomadas junto com afirmações de fatos comprovada ou pressupostamente verdadeiros” (ALEXY, 2001, p. 17).

Robert Alexy estabelece em seqüência quatro motivos mínimos para essa conclusão: o primeiro, a imprecisão da linguagem do Direito; o segundo, a possibilidade de ocorrência de conflitos entre normas; o terceiro, a ocorrência de casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não caibam sob nenhuma norma válida existente (casos não previstos na norma); e o quarto, a possibilidade de a decisão, no caso concreto, contrariar textualmente um estatuto.

Interessa à hermenêutica, portanto, a aplicação do direito, que pressupõe a sua interpretação, dando menos importância à sua face ideal e prestigiando sua concretude, materializada na decisão. O reconhecimento da complexidade e da multiplicidade das relações sociais torna a aplicação do direito complexa e variada. Essa complexidade não se acomoda mais nas obviedades do positivismo, mas exige uma visão plural do direito, adequada às novas exigências da sociedade. Não basta mais simplesmente a segurança do direito, numa dogmática positivista, nem tampouco o subjetivismo desarrazoado. A racionalidade argumentativa tenta encontrar o ponto de equilíbrio nesse dilema, de maneira a propiciar ao direito a segurança necessária, mas desenvolvida à luz de valores racionalmente verificáveis. Não se busca mais a única decisão possível, mas aquela fundada em argumentos amplamente aceitos pelo corpo social, e é nessa aceitação que a decisão se legitima.

#### 2.4.2 *A eficiência no direito econômico*

Os fundamentos da ordem econômica estabelecidos pela Constituição da República de 1988 encontram-se insertos em seu artigo 170:

“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;

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 e administração 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”.

Os princípios da ordem econômica listados no art. 170 da Constituição da República são, em muitos momentos, contraditórios. Por exemplo, é inegável ser o princípio da propriedade privada mitigado pelo princípio da função social da propriedade. Esses princípios são valores, submetidos cotidianamente a recíprocas ponderações.

A própria fluidez dos conceitos caracteriza a possibilidade de, em determinados casos, ser adotada determinada conduta e, em outros, conduta diversa, estando, todavia, todas elas fundadas nos mesmos princípios. A prevalência de determinados princípios sobre outros particulariza, por exemplo, a condução de governos diferentes por representantes de forças políticas divergentes.

Com o processo de reforma por que o Estado brasileiro vem passando nos últimos anos – mediante a abertura da economia ao capital estrangeiro, a quebra dos monopólios e as privatizações –, foi moldado o ambiente para a criação, inspirada no direito norte-americano, de novas estruturas de intervenção do

Estado no domínio econômico: as agências reguladoras, fenômeno relatado anteriormente.

Nessa nova vertente de atuação estatal no domínio econômico, as agências reguladoras surgiram, sobretudo, da necessidade de afirmar a livre iniciativa e marcar a superação do Estado *keynesiano*. Isso se daria através do afastamento do Estado da execução direta de muitas atividades econômicas que até então vinha desenvolvendo, atribuindo-as à iniciativa privada. Contudo, isso não significou o retorno ao liberalismo clássico: o Estado não se distanciou totalmente das atividades econômicas, apenas passou a atuar de maneira nova, a regulação.

Essa intervenção, mediante a regulação, não significa dirigismo estatal, uma vez que, no discurso de criação das agências reguladoras, um dos principais argumentos era a necessidade de criar entes reguladores de setores específicos da economia (ainda em transição para a exploração em regime de competição) que tomariam suas decisões por critérios estritamente técnicos, distintos, pois, dos critérios políticos.

Isso daria aos investidores a garantia de que não seriam surpreendidos em suas empreitadas por decisões imprevisíveis decorrentes de uma modificação no cenário político local. Típico argumento desenvolvido pelos adeptos desse discurso:

“Um dos elementos que compõem uma agência reguladora é a função jurisdicional, ou seja, a possibilidade que as partes

envolvidas na regulação têm de se socorrer junto à agência para ver dirimidos os conflitos oriundos do ato regulatório com fundamentos em conceitos técnicos e não políticos, o que é fundamental para garantir os investimentos necessários, promovendo o bem-estar dos consumidores e usuários dos serviços públicos e dando, por conseguinte, condições ao País de voltar a crescer” (BACELLAR, 2003, p. 148).

Tal sustentação se assemelha ao argumento da verdade positivista desenvolvido no tópico anterior. A necessidade de segurança, em contrapartida ao arbítrio (arbitrário), fundamenta a tomada de decisões com base em dados ‘estritamente técnicos’, o que pressupõe a aplicação de métodos matemáticos – no caso, econômicos. É a mesma ilusão da segurança positivista, apenas com a substituição da verdade por uma nova ‘certeza ontológica’ a ser encontrada por ‘métodos seguros’ ou estritamente técnicos: a eficiência, que seria, assim, passível de ser ‘deduzida’ mediante a aplicação de métodos ‘técnicos’, isentos de valoração.

Não se prega, contudo, o abandono das análises econômicas na aplicação da legislação de direito econômico: elas servem como meio de o aplicador do direito conhecer o panorama fático que reveste a demanda. A complexidade das relações que envolvem o direito econômico faz com que cada vez mais se desenvolvam estudos voltados para sua compreensão. Tais estudos ainda contribuem positivamente no sentido de prever as conseqüências de determinadas condutas ou a formação de estruturas econômicas.

No entanto, assim como vislumbrado no tópico anterior, a aplicação de normas jurídicas não mais vem sendo encarada como decorrência automática de procedimentos derivados das ciências naturais, ao argumento de propiciarem maior segurança. Tal circunstância se reforça em se tratando de estudos econômicos, eis que estes apresentam um grau de precisão extremamente inferior ao observado em outras formas de conhecimento. Mesmo assim, admitindo-se um grau de precisão bem elevado, a valoração dos resultados dos estudos econômicos é imprescindível na aplicação das normas jurídicas do setor.

Com isso é possível concluir: na aplicação das normas jurídicas do direito econômico, não se pode falar em única decisão possível. Mesmo a utilização de estudos econômicos não propicia ao julgador a possibilidade de afirmar ser a decisão tomada a única possível diante dos fatos e dos quadros normativos. Como exposto no início do tópico, os princípios da ordem econômica listados no art. 170 da Constituição da República são em muitos momentos contraditórios, resultando da ponderação de uns sobre os outros a possibilidade de decisões absolutamente diversas, e até antagônicas<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Sobre o leque de possibilidades das decisões, no âmbito do direito da concorrência: “No ano de 1992, o Departamento de Justiça norte-americano determinou o que poderíamos chamar de ‘pautas de interpretação’ do *Sherman Act*, de forma a assegurar a realização do declarado objetivo *de favorecer as exportações norte-americanas e sancionar os cartéis prejudiciais aos interesses do país*. Outro exemplo, bastante referido pela doutrina estrangeira, reporta o caso do cartel de produtores suíços de relógios, que celebraram acordos de controle de produção, preços e distribuição e jamais foram reprimidos pelas autoridades antitrustes suíças. Não se tem notícia também de que a Lei Antitruste japonesa tenha sido aplicada contra o sistema *Keiretsu*, que praticamente impermeabiliza os canais de distribuição daquele país aos produtos estrangeiros, não obstante os protestos de empresas americanas e européias (...). Outra prática bastante ilustrativa é atuada pela Inglaterra: há mais de um século, os cartéis entre armadores são aceitos, não obstante seu caráter restritivo da concorrência, por se entender que constituem um fator de estabilização e eficiência do mercado. Deliberadamente, pois, o governo inglês não aplicou a Lei Antitruste nacional contra esses acordos” (FORGIONI, 2005, pp. 196-197).

Isso significa não estar o aplicador do direito adstrito aos termos das normas, até porque os próprios termos utilizados por elas são, em grande parte, fluidos, e é nesses espaços, geralmente, que o hermenauta exerce seu trabalho. No âmbito do direito da concorrência<sup>37</sup>, Paula A. Forgioni aponta três “válvulas de escape” na aplicação das normas jurídicas: 1) a regra da razão, isenções e autorizações; 2) o elástico conceito de mercado relevante; e 3) o jogo do interesse protegido (FORGIONI, 2005, pp. 200-312).

A primeira válvula se caracteriza como um critério excepcionador do dispositivo legal, mediante uma reflexão acerca dos resultados da conduta e os fins almejados pelo sistema, bem como uma ponderação quanto às conseqüências da restrição à dita conduta. Em outras palavras, é a comparação, por um lado, dos resultados da conduta, e por outro, dos resultados de sua proibição, proporcionando a opção pelas conseqüências que mais se coadunam com os princípios da ordem econômica (que já comportam em si próprios ponderações), ainda que resultantes de condutas vedadas pela norma.

A segunda válvula se refere ao conceito de mercado relevante, do qual dependerá a quantificação do quadro fático apresentado. A sua definição delimitará o âmbito de repercussão da atividade econômica investigada, tanto do

---

<sup>37</sup> O direito da concorrência se insere no campo do direito econômico, e neste trabalho está sendo tratado como uma espécie de direito regulatório. Apesar de o CADE não ser legalmente denominado de agência, sua estrutura e seu funcionamento se comportam como se assim o fosse, havendo, inclusive, em tramitação no Congresso Nacional, propostas para transformar o CADE em agência reguladora. Outra observação é no sentido de que, em 1994, ano de criação do CADE como autarquia (Lei 8.884/94), não havia ainda no Brasil a discussão acerca da utilização da expressão agência reguladora, sendo talvez essa a razão pela qual não foi o órgão denominado como tal.

ponto de vista geográfico (mercado relevante geográfico), fixando-se a área de atuação e influência do agente econômico, como do ponto de vista do setor do mercado (mercado relevante do produto), estabelecendo-se quais agentes econômicos podem influenciar-se reciprocamente. Essa definição pode modificar absolutamente o panorama da análise. Por exemplo, se no estado de Pernambuco há uma única fábrica de biscoito de chocolate, e o mercado relevante geográfico é definido como Pernambuco, chega-se à conclusão de que o agente econômico é detentor de 100% do mercado. No entanto, se o mercado relevante é definido como o Brasil, se são verificadas mais nove fábricas em outros estados da Federação e se sabe que a produção destas pode livremente ingressar no mercado local, a conclusão a que se chega é que o agente investigado possui apenas 10% do mercado. Indo além, se fosse observado que os consumidores muito facilmente substituem o consumo de biscoito de chocolate pelo de biscoito de morango ou de baunilha (na definição do mercado relevante do produto), constatar-se-ia ainda menor participação do agente econômico no mercado investigado<sup>38</sup>.

A terceira e última válvula apresentada pela professora paulista é o jogo do interesse protegido, consistente na ponderação dos valores envolvidos na análise, como a concorrência X a livre iniciativa.

---

<sup>38</sup> Esse exemplo é apenas uma suposição exemplificativa bastante simplificada, presumindo-se a igualdade nos demais elementos investigados.

Essas três válvulas representam o espaço de decisão do aplicador da lei, e é justamente nele que se inserem as teorias da argumentação jurídica. As escolhas decorrentes dessas válvulas não são dogmáticas, mas se referem a uma apreciação axiológica do caso concreto, e dependem, por conseguinte, de justificação. Diogo de Figueiredo Moreira Neto já sublinha a aplicação das teorias da argumentação jurídica no campo do Direito Administrativo (no qual se insere o Direito Econômico):

“Se a decisão administrativa, como, de resto, se reivindica para qualquer decisão jurídica, obedece a um *processo argumentativo*, tal como vislumbra Robert Alexy, nada mais apropriado que nele concorram e se exponham, como argumentos, todas as considerações de valor pertinentes para o deslinde da questão a ser decidida, como tal consideradas não apenas as referidas a valores que são tradicionalmente levados em linha de conta como, inovadoramente, os que podem resultar do chamado *argumento sobre as conseqüências* (...).

Por outro lado, parece hoje solidamente assentado: primeiro, que o conceito de *justo* não é estranho ao Direito nem à racionalidade; segundo, que ele pode ser obtido por um processo racional, pelo *método da ponderação de valores*, e, terceiro, que esse método há de ser aplicado em conjunto com o clássico *método subsuntivo*, concernente aos preceitos” (MOREIRA NETO, 2003, pp. 101-103).

Dessa maneira, a aplicação das normas de direito econômico não se conforma mais com decisões eminentemente dogmáticas, fundadas em critérios estritamente ‘técnicos’. É imprescindível valorar as conclusões decorrentes das análises econômicas. Essas informações devem ser levadas em conta pelo aplicador como dados do quadro fático do caso concreto, mas devem ser submetidas ao julgamento axiológico do aplicador, justificado pela aplicação das teorias da argumentação jurídica.

### 2.4.3 Conclusões sobre a comparação

A superação do positivismo não significa apenas o abandono de um método, mas simboliza no direito uma mudança de visão de mundo. A complexidade das relações sociais exige da dogmática uma abertura à multiplicidade das interações em sociedade. A crença em verdades, sejam reveladas (no caso da religião), sejam 'descobertas' (no caso das ciências naturais), não apresenta mais resultados racionalmente satisfatórios para o direito.

Negar a inter-relação entre direito e moral, ou crer na figura do juiz absolutamente neutro, não parece adequado ao momento histórico pelo qual passamos. De fato, e isto a prática vem comprovando com o tempo (ironicamente, num processo de constatação empírica, típico das ciências naturais), não é o aplicador do direito uma ilha de razão, liberta do valor. O próprio conhecimento do mundo, para Gadamer, já representa inevitavelmente uma relação simbiótica do ser com os valores historicamente apreendidos, de maneira que os significados, ainda que dos objetos axiologicamente mais neutros, representam para o ser um reflexo de outras experiências acumuladas no decorrer do seu processo de vivência (GADAMER, 2004, *passim*).

Dessa forma, assumir a ausência de pureza no juízo do aplicador do direito é o primeiro passo para a superação dos problemas causados por essa condição. Submeter os juízos de valor elaborados pelo aplicador da norma a processos

racionais de justificação vem se mostrando a via mais democrática de controle dessas decisões. Não apenas meios de controle, esses processos também adquirem uma feição pedagógica, no sentido de que ensinam o aplicador a pensar o direito de maneira plural e a tomar suas decisões com base em métodos racionais, verificáveis e, portanto, susceptíveis de controle.

É dessa maneira, em apertadíssima síntese, que aos poucos vem se desenhando o processo de superação da dita ‘verdade’ positivista e de ingresso no campo do pós-positivismo.

A feição da ‘verdade’ positivista no direito econômico se revela, como sugerido, por meio do discurso da eficiência. A crença em julgamentos ‘eminentemente técnicos’ pode significar, em muitos casos, um recurso retórico de prevalência de determinado valor, uma vez que quase sempre as constatações técnicas são susceptíveis de valoração, como no exemplo elaborado pela professora Paula A. Forgioni (“válvulas de escape”).

A eficiência de uma operação econômica, ou os resultados das análises econômicas dos fenômenos decorrentes dessa conduta, comporta inúmeros julgamentos. O resultado global de uma operação econômica consistente no aumento de capital após um número ‘x’ de rodadas pode significar um julgamento positivo no tocante à eficiência. Aplicando-se, contudo, o conceito de eficiência

alocativa de Pareto<sup>39</sup>, o resultado do julgamento pode ser absolutamente diverso, se da operação não resultar, além do aumento global de capital, um acréscimo atomizado da condição econômica dos atores envolvidos no processo (regime de economia perfeita). A outras conclusões se poderia chegar aplicando-se diversas concepções de eficiência, como a da variedade de produtos<sup>40</sup>, a da eficiência X<sup>41</sup> ou a da eficiência Schumpeteriana ou dinâmica<sup>42</sup>.

O próprio conceito de eficiência, que seria ‘seguro’ do ponto de vista ‘técnico’, comporta variadas formas de apreensão. Portanto, em vez de dispensar a justificação da decisão (crendo na univocidade técnica do conceito de eficiência), é racionalmente mais razoável exigir do aplicador da norma de direito econômico as justificativas racionais que fundamentam sua decisão de optar por uma ou outra visão de eficiência econômica. O mesmo se diga em relação às “válvulas de escape”.

---

<sup>39</sup> “Os recursos produtivos de uma sociedade – compostos pelo estoque de capital físico e humano, mão-de-obra e recursos naturais – são capazes de gerar distintas combinações alternativas de bens, a partir de diferentes combinações de insumos, definidas pela tecnologia vigente. Tradicionalmente, a eficiência na alocação de recursos *produtivos* (ou fatores de produção) entre *firmas* é definida como eficiência *produtiva* – ou *técnica* –, que consiste no fato de a combinação de bens, seja ela qual for, ser produzida com o menor uso de recursos produtivos possível. Uma outra dimensão importante do desempenho do sistema econômico, independentemente da combinação de bens produzidos e da eficiência técnica na produção desta, reside na eficiência *distributiva* ou *nas trocas*, associada à questão de como alocar um *determinado* conjunto de bens entre os membros da sociedade, tendo em vista proporcionar a cada um desses membros a maior satisfação (utilidade) possível. Finalmente, a eficiência alocativa dos recursos produtivos do sistema econômico entre as diferentes combinações alternativas de bens factíveis, denominada eficiência *no mix de produção* ou ainda *condição de alto nível* (*top level condition*), diz respeito à sua capacidade de produzir uma *combinação de bens* que *compatibilize* os planos de *consumo* que gerem as maiores satisfações possíveis para cada um dos consumidores com os planos de *produção* tecnicamente eficiente das firmas. Esses três *tipos* de eficiências ou condições marginais de Pareto são necessárias à obtenção da eficiência alocativa de Pareto” (FAGUNDES, 2003, pp. 33-34).

<sup>40</sup> Acréscimo ao preço em proporção inferior ao benefício incluso na diferenciação do produto.

<sup>41</sup> Redução dos custos pela pressão competitiva sobre os preços.

<sup>42</sup> Aquisição de poder de mercado pela inovação (Schumpeter, 1984; 1988).

Nesse sentido é possível traçar um paralelo entre a ‘verdade positivista’ e a ‘eficiência econômica’ como argumentos dogmáticos que passam por um processo de superação, ou talvez de amadurecimento, via aplicação das teorias da argumentação jurídica.

Contudo, isso não significa a rejeição do positivismo jurídico. A adoção de normas postas dogmaticamente não deixa de ser um pressuposto dos sistemas jurídicos atuais, mas se abrem oportunidades a novos questionamentos, não para negar a norma posta, e sim para fazê-la (ou refazê-la) mais adequada aos reclames fáticos<sup>43</sup>.

João Maurício Adeodato ressalta o caráter positivo da ética no positivismo:

“Aí a contribuição ética do positivismo, no amplo sentido tal como definido aqui: como não há uma justiça evidente em si mesma, os próprios cidadãos é que têm de tomar em suas costas o fardo de dizer, de **pôr** (daí *positivismo*) o direito. Foi o que mudou: o direito continua axiológico como inevitavelmente o é, mas seu valor não está pré-fixado por qualquer instância a ele anterior ou superior. Ele não é imposto pela infalibilidade do Papa ou da Santa Madre Igreja, pela natureza ou por qualquer escatologia, nem é fixado a partir desta ou daquela concepção que alguém tenha de ‘justiça’ ou de ‘razão’. A ‘racionalidade’, tenha dimensão ética ou meramente instrumental e tecnológica, não se impõe por si

---

<sup>43</sup> “No *direito*, a temática já não é a liberdade individual e seus limites, como no Estado liberal; ou a intervenção estatal e seus limites, como no *welfare state*. Liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada. A própria lei caiu no desprestígio. No direito público, a nova onda é a governabilidade. Fala-se em desconstitucionalização, *deslegifcação*, desregulamentação. No direito privado, o código civil perde sua centralidade, superado por múltiplos microssistemas. Nas relações comerciais revive-se a *lex mercatoria*. A segurança jurídica – e seus conceitos essenciais, como o direito adquirido – sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas, embaladas pela ameaça do horror econômico. As fórmulas abstratas da lei e a discricção judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido” (BARROSO, 2001, pp. 03-04).

mesma ao direito, e há profundas e inconciliáveis divergências quanto ao seu significado” (ADEODATO, 2002, p. 220).

Disso se depreende que em muitos casos o discurso da ‘técnica axiologicamente neutra’ na verdade pode comportar a promoção disfarçada (e, portanto, desincumbida de justificação) de um determinado valor. A dogmaticidade do direito, no contexto de pós-modernidade, não deve ser encarada sem a utilização da hermenêutica.

Para além dos dados técnicos do panorama fático apresentado no caso concreto, existe um julgamento de valor a ser cumprido pelo aplicador da norma, que deve justificar sua decisão hermeneuticamente, de maneira racional. Só assim essa decisão poderá se submeter à análise crítica da sociedade e, uma vez aceita, encontrar legitimidade, além da autoridade formalmente imposta.

### **CAPÍTULO 3 – REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA**

Esboçado o quadro traçado nos capítulos anteriores, temos que a ordem econômica nacional está seccionada em diversos setores, seja pela Constituição, seja pela legislação ordinária. Assim, a atividade econômica *lato sensu* se divide em dois grandes campos: 1) a atividade econômica propriamente dita, via de regra explorada pela iniciativa privada e, em casos excepcionais, pelo setor público; e 2) a prestação de serviços públicos, esses explorados ora pela iniciativa privada, ora pelo setor público, a depender do trato legal específico.

Ambas as atividades podem ser exercidas tanto sob a égide do direito privado como do direito público, este, com regras específicas derogatórias da regra geral, estabelecidas em leis ou na própria Constituição.

Assim, não existe relação entre o regime de exploração de determinada atividade e sua natureza de serviço público ou de atividade econômica. Quer dizer: a atividade econômica pode ser exercida conforme o regime de direito privado, e o é, via de regra, mas pode também ser exercida sob o regime de direito público, excepcionalmente. O mesmo raciocínio se aplica aos serviços públicos, que podem ser explorados tanto sob o regime geral de direito privado como também segundo o regime de direito público.

Disso decorre que as agências reguladoras, como instrumento contemporâneo de intervenção estatal da atividade econômica *lato sensu*, podem

atuar tanto na seara da atividade econômica propriamente dita como naqueles mercados denominados de serviço público, consoante observa Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“Urgia, portanto, simultaneamente com a execução das privatizações, *republicizar os controles* sobre esses setores econômicos satelitizados, muitos deles jamais submetidos a qualquer tipo de supervisão ou de controle, tanto sobre aquelas atividades tradicionalmente definidas como *serviços públicos* como sobre muitas outras mais, que, nas sociedades industriais complexas, passavam a ser consideradas como *atividades econômicas de interesse geral* e, por isso, categorizadas como *atividades sensíveis*” (MOREIRA NETO, 2003, pp. 87-88).

A par disso, temos que as agências reguladoras têm como âmbito de atuação determinada esfera da economia, destacada do universo geral seja pela lei, seja pela Constituição, tendo como critério de distinção o mercado explorado.

Por outro lado, o CADE, como órgão de defesa da concorrência geral, tem como âmbito de atuação o corte transversal sobre toda a atividade econômica *lato sensu*, aí se incluindo as esferas destacadas do universo geral e atribuídas às agências reguladoras. O critério, nesse caso, é o material.

Assim, é possível dizer que as competências das agências reguladoras são definidas pelo critério do mercado (como, em defesa da concorrência, se delimita o mercado quanto ao produto). Por outro lado, as competências do CADE são definidas pelo critério material, ou seja, pela aplicação unicamente das normas de

defesa da concorrência, transversalmente aos inúmeros mercados, regulados ou não.

A interseção da linha transversal da concorrência no plano das esferas distintas do mercado geral afetas às agências reguladoras significa o conflito de competência que o presente trabalho pretende abordar, fenômeno qualificado por Luciano Parejo Alfonso como *“la crisis de adaptación (em lo orgánico y em lo funcional) del Estado a la evolución económico-social y las consecuentes nuevas necesidades de ‘dirección’, ‘organización’ y ‘regulación’ que de ella resultan para el cumplimiento eficaz de la función de integración que a dicho Estado corresponde”* (ALFONSO, 1994, p. 636).

Não se quer, contudo, promover o dissenso entre o órgão de defesa da concorrência e os reguladores setoriais, ao contrário, a abordagem do tema objetiva, antes de tudo, concatenar a atuação de ambos, de maneira a evitar conflitos positivos em decisões opostas e, com isso, promover a atuação harmoniosa e cooperativa dessas autoridades.

Ao menos um ponto parece ser unânime entre aqueles que estudam o tema: a atuação do CADE e das agências reguladoras deve ser concatenada, harmoniosa e, principalmente, cooperativa.

As distintas competências desses órgãos não elidem seu caráter complementar, pelo que a atuação conjunta e reciprocamente cooperativa é o caminho mais curto para pôr em prática os princípios gerais da ordem econômica

previstos na Constituição. Sobre a questão, Ana Maria de Oliveira Nusdeo observa:

“Entretanto, a implantação e a manutenção da concorrência nos setores privatizados tenderão a ser tanto mais efetivas quanto for coesa a articulação das autoridades antitruste e das agências reguladoras” (NUSDEO, 2000, p. 185).

Não é por isso, contudo, que se vai ignorar a ocorrência concreta de casos em que, ainda que haja ensejo para a aplicação dos princípios de mútua cooperação, ocorre a oposição entre determinados atos das agências e do CADE, como se vê nos precedentes a seguir abordados.

### 3.1 O CASO DIRECTV/SKY

Além dos casos apontados a seguir, outros, majoritariamente, ilustram bem o que via de regra deve ocorrer: a atuação concatenada e harmônica das autoridades setoriais e transversal. Tomem-se como exemplo os atos de concentração 53500.002423/2003 e 53500.029160/2004, que tramitaram perante o CADE e que tratam da união entre as operadoras de televisão por assinatura Sky e DirecTV. Tais atos foram recentemente julgados pelo CADE e tiveram grande repercussão.

A par do mérito do julgamento, no caso concreto, houve perfeita integração cooperativa entre a ANATEL (agência responsável pelo setor de telecomunicações, representando, portanto, a autoridade setorial) e o CADE (a autoridade transversal).

No seu voto, o relator, Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, sobre a atuação da ANATEL no caso, assim observou:

“A ANATEL, no exercício das atribuições conferidas pela Lei nº 9.472/97 – Lei Geral de Telecomunicações, dentro das quais se incluem as instruções dos processos submetidos ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência no setor de telecomunicações, produziu um detalhado informe sobre os atos de concentração ora em análise. A Agência identificou mercados relevantes, analisou os possíveis impactos da operação e fez recomendações à luz das experiências nacional e internacional na doutrina antitruste”.

Assim, percebe-se a atuação cooperativa da ANATEL no caso em análise, pelo que procedeu à análise técnica do caso, fornecendo o panorama do mercado relevante, e se manifestou, inclusive, sobre a matéria concorrencial. No caso, o entendimento esposado pela ANATEL foi seguido pela Procuradoria do CADE, que a ele apenas aderiu outras observações. Ao final, a operação foi aprovada, com restrições, sendo em muitos momentos seguidas pelo CADE as observações pontuadas pela ANATEL.

O caso acima, destacado à guisa de exemplo de atuação concatenada e harmônica das entidades envolvidas, não apresenta grandes dificuldades do ponto de vista do conflito de competência ora estudado também pelo fato de a matéria já estar resolvida no âmbito legislativo, em que a Lei 9.472/97 estatui:

“Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§ 1.º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2.º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador”.

(...)

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...)

XIX – exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE”.

A par dos convênios que venham a ser celebrados, a ANATEL se sobrepôs, nos termos de sua lei de regência, às competências da SDE e da SEAE, restando da configuração original do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, em casos desse jaez, a competência do CADE.

Contudo, nem sempre a legislação estabelece com precisão o plexo de atribuições dadas aos atores envolvidos no mercado específico, e mesmo quando o faz, sempre existe a possibilidade de haver choque entre a política concorrencial e a regulatória, pelo que o estabelecimento, ainda que embrionário, de um critério

geral que, com o auxílio dos *standards* estabelecidos pela legislação, possa neutralizar esses choques se mostra de extrema utilidade.

Por isso, em vez de falar em conflitos de competências, melhor seria dizer confusões de competências, a exigir que elas sejam afetas em cada caso a apenas um agente, restando tão-somente delinear a fronteira de atuação de cada órgão.

Prejudicialmente, passa-se agora ao estudo tópico de alguns casos em que se observou o dito conflito de competência e à análise dos fundamentos das decisões que os solucionaram.

### 3.2 O CASO FINASA SEGURADORA

Esse talvez seja o maior exemplo de conflito entre a autoridade transversal e a autoridade setorial no Brasil, e que perdura até os dias de hoje. A questão discutida é se compete ao CADE o controle concorrencial no setor financeiro, sobre o qual o Banco Central (BACEN) exerce função regulatória.

Merece ressalva apenas o fato de a autoridade setorial, nesse caso, o BACEN, não ser agência reguladora, não gozando, por conseguinte, da principal característica desse tipo de órgão: a independência. É que a autoridade setorial do sistema financeiro, embora muito se discuta acerca da aprovação de sua autonomia, ainda permanece sob a autoridade da Administração direta, o que

descharacteriza a sua função regulatória típica. Entretanto, tal fato não impede a utilização do caso como paradigma ao estudo ora proposto, eis que o debate travado se deu na perspectiva da prevalência, ou não, da competência concorrencial do CADE ante as autoridades setoriais.

O art. 192 da Constituição da República estabelece que lei complementar disporá, dentre outras coisas, sobre a organização, funcionamento e atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas. Tal lei complementar, contudo, ainda não foi editada, pelo que se considera recepcionada materialmente como lei complementar a Lei 4.595/64, que dispõe em seu art. 18, § 2º: “O Banco Central do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação de pena”. O mesmo dispositivo ainda confere à autoridade setorial a competência de “conceder autorização às instituições financeiras a fim de que possam ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas”.

Dessa forma, em princípio, a legislação específica do setor atribui ao BACEN a competência de apreciar os atos de concentração no âmbito do sistema financeiro, competência atribuída ao CADE pela Lei 8.884/94, art. 54, em âmbito geral.

Verificando que o CADE, a despeito da legislação do sistema financeiro, vinha julgando normalmente os atos de concentração desse mercado específico, a

Advocacia-Geral da União (AGU) prolatou parecer, aprovado pelo Presidente da República, no sentido de que competia privativamente ao BACEN a análise desses casos. Alegou-se, em síntese, que a Lei 4.595/64, pelo fato de haver sido recepcionada materialmente como lei complementar, se sobreporia hierarquicamente à Lei 8.884/94, esta, lei ordinária. Afirmou-se, ainda, que tanto o controle preventivo, consistente na análise dos atos de concentração, como o controle repressivo, consistente na verificação e aplicação de penalidades nos casos de condutas anticompetitivas, no âmbito do sistema financeiro, tocavam exclusivamente ao BACEN, com base na questão formal-hierárquica da legislação. No caso do controle repressivo, os tipos, penas e procedimentos seriam aqueles previstos na Lei 4.595/64, e não os aduzidos na Lei de Defesa da Concorrência.

Voltando ao caso Finasa Seguradora, eis que o parecer da AGU se deu em razão de consulta genérica, e não nos autos do referido processo, a Conselheira relatora, Hebe Teixeira Romano, seguiu o entendimento do parecer da AGU<sup>44</sup>, consoante se verifica nos seguintes trechos de seu voto:

“O CADE não pode pautar suas decisões técnicas e independentes nas diretrizes da política econômica. As decisões do CADE estão restritas à avaliação do que é benéfico ao bem comum e não benéfico à solidez financeira do agente submetido a problemas sistêmicos.

---

<sup>44</sup> Aqui não se discutirá a vinculação do entendimento formalizado no parecer da AGU, aprovado pelo Presidente da República, ao CADE, matéria que foi acidentalmente abordada no julgamento, mas que não pertine ao estudo ora promovido (art. 40, § 1º, da LC 73/93: “O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal”).

É preciso análise cuidadosa da questão, pois trata-se de um mercado diferenciado e não se pode falar em proteger o mercado ou a livre iniciativa, sem se falar da proteção da saúde financeira do país e sua credibilidade junto ao movimento de constante crescimento das demais economias mundiais.

A imposição de barreiras é necessária para a manutenção da credibilidade e solidez do setor para gerir o capital e o patrimônio alheio.

Tal fato vai de confronto com as regras concorrenciais, eis que o principal objetivo destas é aumentar a competitividade, ou seja, aumentar o número de participantes do setor.

Ademais não se pode deixar de reconhecer que o Banco Central e o Conselho Monetário Nacional estão atentos aos dispositivos legais e a sua competência para combater acúmulo de poder econômico, político e social exercido pelas instituições financeiras que podem influenciar o processo de tomada de decisões das autoridades. Conforme se vê, estamos diante de avaliações de políticas públicas que se distanciam bastante dos critérios adotados pela defesa da concorrência.

(...)

Resta claro que se trata de mercado diferenciado, regulado por Autarquia com poderes especiais que entende estar o CADE praticando ingerências e criando conflito de competência, o que se esclareceu e foi dirimido pelo Parecer da AGU/LA-01/2001, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, em 05 de abril de 2001.

(...)

Assim, e tendo em vista estar dirimido o conflito positivo de competência entre o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, nos termos do Parecer nº AGU/LA-01/2001, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, em 05 de abril de 2001, publicado no Diário Oficial da União, Seção I, de 25 dos mesmos mês e ano, que expressa a

***“Conclusão pela competência privativa do Banco Central do Brasil para analisar e aprovar os atos de concentração de instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como para regular as condições***

***de concorrência entre instituições financeiras e aplicar-lhes as penalidades cabíveis”,***

decido que, nestes específicos casos, deve o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica remeter, imediatamente, àquela Autarquia este Ato e todos os que estejam em apreciação no âmbito deste Conselho, orientando ao Senhor Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça que proceda, de igual modo, em relação aos feitos que ainda estejam sob análise daquela Pasta, bem assim que, de agora por diante, oriente aos Representantes Legais das Instituições que àquela Secretaria dirijam peças na forma das disposições da Lei nº 8.884/94 que o façam diretamente na Autarquia – Banco Central do Brasil, em estrita observância à conclusão acima transcrita” (*sic*).

Como se percebe, a relatora pautou sua decisão no argumento de que o setor financeiro, pelas suas peculiaridades, deve estar sujeito a um órgão de governo, e que o CADE, pela sua independência, não teria condições para gerir o setor de maneira satisfatória. Ao que parece, seu argumento não se funda na especialidade do BACEN, mas no seu comprometimento político com a manutenção de políticas de governo sem as quais, entende, o setor financeiro estaria sujeito a riscos desnecessários.

Nesse passo, argumenta, ainda, que o BACEN e o Conselho Monetário Nacional estão atentos aos problemas concorrenciais do setor, o que equivale a dizer que a ditos órgãos compete o exercício, simultâneo, das competências tanto da autoridade setorial como da autoridade transversal.

Discordando do voto da relatora, o Conselheiro Celso Fernandes Campilongo, em voto de vista, observou:

“Conforme já havia afirmado neste Plenário, quando proferi voto de vista no Ato de Concentração n.º 08012.007435/00-02, que envolvia o Banco Santander e a Patagon.com International, entendo que a Lei 8.884/94 *é aplicável a todos os setores da economia no que diz respeito à matéria concorrencial*, abrangendo, nos termos de seu artigo 15, *todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoais, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica*.

Naquele voto reafirmei o entendimento, já consagrado por este Plenário, de que o artigo 54 da Lei 8.884/94, que trata do controle preventivo do abuso do poder econômico (controle concorrencial de estruturas), *não estabelece exceções quanto aos atos que devam e os atos que não devam ser analisados pelo CADE*. Ademais, procurei esclarecer que o controle preventivo do abuso do poder econômico, exercido pelo CADE, nos termos da Lei 8.884/94 e com fundamento nos artigos 170 e 173, §4º, **não afasta a tarefa regulatória do BACEN em torno, inclusive, de aspectos concorrenciais**. Conforme afirmei, entendo que a *regulação do setor financeiro, no sentido de produção de regras programáticas, gerais e abstratas, que veiculem aspectos concorrenciais tendo em vista questões técnicas do setor financeiro e em busca da proteção da poupança popular, é exercida pelo BACEN*, não havendo *incompatibilidade alguma entre essa regulação (“prudencial”) e as funções de adjudicação da matéria concorrencial pelo CADE*.

Nesse sentido, procurei reforçar o entendimento deste Plenário de que *a competência do BACEN para autorização das instituições financeiras “a fim de que possam ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas (artigo 10, inciso X, letra “c”, da Lei 4.595/64) não pode ser confundida com a competência do CADE de apreciar tais atos, com fundamento no artigo 54 da Lei 8.884/94, posteriormente à aprovação pelo BACEN, sendo que a primeira forma de controle (exercida pelo BACEN) se dá com base em aspectos específicos do setor financeiro, e a segunda forma de controle (exercida pelo CADE) se dá sob o prisma da defesa da concorrência*.

Quando se fala, em que pese a imprecisão do termo, em “risco sistêmico”, a ser evitado pela atividade regulatória do BACEN, o que se tem em mente, com certeza, é o risco

no sistema financeiro. O policentrismo do Estado contemporâneo e a policontextualidade do direito moderno – expressões recorrentes entre os juristas que lidam com a temática da “sociedade de riscos” – não são compatíveis com a idéia de que possa haver, na política e na normatividade hodiernas, um Olimpo capaz de servir de vértice gerenciador de todos os riscos da sociedade. Por isso, o “risco sistêmico”, no plano das atividades do BACEN, só se refere ao sistema financeiro. É preciso ter em mente um sistema normativo constituído por uma pluralidade de ordenamentos setoriais e, nesse contexto, identificar o âmbito do BACEN. No seu campo, apenas o Banco Central, e ninguém mais – excetuadas as condições de direção política e a observância dos pressupostos legais e constitucionais – tem competência para opinar. Isso não significa, porém, controle de estruturas e condutas tendentes a reforçar o respeito às regras do jogo concorrencial. Quanto aos riscos concorrenciais (não de contaminação do sistema financeiro, mas de prejuízos à livre concorrência, aos consumidores e à coletividade), e, especialmente, quanto à aplicação da Lei n.º 8.884/94, a competência, como se verá, é do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Não se cogita, por isso, de nenhum conflito de competências, mas sim de identificação de precisos e distintos âmbitos de validade normativa e de construção técnico-dogmática (sistema financeiro e direito concorrencial) e diferentes planos de operacionalização jurídica da ordem econômica (regulação prudencial e adjudicação concorrencial). Daí não se identificar nenhum eventual conflito de competências entre o BACEN e o CADE.

Assim, já havia sido consagrado, neste Plenário, o entendimento de que a competência do BACEN para regular o setor financeiro, nos termos da Lei nº 4.595/64, não se confunde com a atuação do CADE na prevenção e repressão ao abuso do poder econômico, exercida nos termos da Lei nº 8.884/94. **São, portanto, funções que possuem raios de atuação próprios e que se complementam.**

Em seu voto, o Conselheiro Celso Fernandes Campilongo traz pertinente observação no sentido de diferenciar as atribuições regulatórias e de defesa da concorrência; em seqüência, diferencia o controle exercido pela autoridade

transversal, tipicamente concorrencial, e o controle setorial, que se exerce, também e em certa medida, na seara concorrencial.

Isso significa que o controle da concorrência, segundo o Conselheiro, pode e deve ser exercido tanto pela autoridade transversal quanto pela autoridade setorial, sem haver uma recíproca exclusão. Não se pode olvidar, contudo, conclui o Conselheiro, que o escopo dessa atuação na defesa da concorrência em um caso e em outro é diferente, especialmente se levarmos em conta o prisma sob o qual ela se dá.

No controle concorrencial, exercido pela autoridade setorial, os aspectos regulatórios influenciam sobremaneira a forma como a questão será tratada, ao passo que pela autoridade transversal, muito embora esses aspectos sejam igualmente observados, eles o são em menor intensidade, e de maneira mais distante, panorâmica, não se levando em conta apenas os dados do mercado específico, mas também o quadro geral da economia.

O Conselheiro Campilongo refuta, ainda, o argumento do risco sistêmico, ressaltando que tal fenômeno não possui nada de sistêmico, mas se restringe, unicamente, ao setor financeiro, podendo e devendo ser combatido e prevenido pelo órgão setorial, que, para tanto, detém atribuições regulatórias, inclusive no âmbito da defesa da concorrência. Isso não tem, contudo, o condão de afastar a competência do CADE.

É por isso que ele sustenta, na parte final do trecho destacado, que, na verdade, não se trata de um choque de competências, mas sim de um problema de delimitação do âmbito de atuação. No tocante às atividades de defesa da concorrência, essas, como frisado, também estão afetas ao BACEN, contudo, nos termos da sua legislação de regência, qual seja, a Lei 4.595/64; já ao CADE, segundo argumenta o Conselheiro Celso Fernandes Campilongo, competiria de igual forma a defesa da concorrência, por seu turno, nos termos da Lei 8.884/94.

Em seqüência a esses argumentos, o Conselheiro Campilongo adiciona as seguintes observações:

“No que concerne à harmonização de competências na dimensão do controle de comportamentos, é imprescindível a correta interpretação do artigo 18, § 2º, da Lei nº 4.595/64.

Tal dispositivo atribui ao BACEN a tarefa de, no exercício de fiscalização que lhe compete, **regular** as *condições de concorrência* entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação de pena nos termos da referida Lei.

Não há como confundir esta competência com a **adjudicação** de matéria concorrencial no caso de condutas dos agentes do mercado. Esta norma, como em outra ocasião já aludida (Santander-Patagon), atribui ao BACEN a competência para **regulação** do setor financeiro, ou seja, para a produção de regras programáticas, gerais e abstratas, que veiculem aspectos concorrenciais tendo em vista questões técnicas prudenciais, ou seja, em busca da proteção da poupança popular, da mitigação do risco sistêmico e do aumento da eficiência no setor. Por este motivo, o artigo em comento fala em regular as **condições** de concorrência. Trata-se de exercício administrativo *prévio*, que limita a livre iniciativa dos agentes do mercado em nome de valores setoriais prestigiados pela Constituição Federal (art. 192). Ora, o CADE não estabelece, *a priori*, em que *condições* dar-se-á a concorrência dos mercados – apenas **julga** atos concretos das empresas à luz das regras e princípios constitucionais e legais da ordem econômica. Dito de outro modo: o CADE não é órgão regulador de nenhum

setor da economia, muito menos das condições prévias de concorrência no sistema financeiro. O CADE, apenas e tão-somente, aplica a Lei nº 8.884/94. Julga e não regula. Ou, ainda melhor, pode julgar porque não regulou. Sem clareza nessa distinção, impossível saber qual a competência do CADE e por que ela é perfeitamente compatível com a competência do BACEN”.

Inicialmente, ele reafirma o argumento de que o controle concorrencial exercido pelo BACEN, com base no artigo 18, § 2º, da Lei 4.595/64, se dá no âmbito regulatório, em etapa anterior à apreciação dos casos pelo CADE, o que reforçaria ainda mais a competência do CADE para apreciar as causas no seu âmbito de atuação. É que, como dito anteriormente, o BACEN, segundo entende o Conselheiro, é órgão setorial, e a ele compete a implementação das políticas públicas setoriais no mercado regulado. O CADE, por outro lado, não obstante também ser entidade responsável pela aplicação de políticas públicas, concorrenciais, quando ingressa no caso concreto, a fim de verificar alguma infração à ordem econômica, ou mesmo ao controlar as estruturas de mercado, o faz com total isenção com relação às políticas regulatórias promovidas pelas agências.

Dessa forma, dois pontos positivos podem ser daí tirados: o CADE imprimiria uma nova visão ao controle concorrencial promovido anteriormente pela autoridade setorial e, a par disso, estaria em melhor condição de imparcialidade para julgar os atos praticados no âmbito da regulação, justamente por não ser o próprio órgão regulador.

Em seqüência, o Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, comungando do entendimento do voto prolatado pelo Conselheiro Celso Fernandes Campilongo, observa:

“Assim, resta clara a divisão de atribuições: o BACEN poderá efetivar uma análise de natureza regulatória no marco das suas atribuições de fiscalização e da aplicação da política monetária nacional, cumprindo as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. Ademais, a sua racionalidade levará sempre em conta a circunstância de evitar qualquer risco sistêmico, detendo, para tanto, informações exclusivas, que nenhum outro órgão estatal possui. É dentro deste espectro que se entendem as suas funções de analisar atos de concentração e regular as condições de concorrência, aplicando as normas da legislação específica do setor bancário para sancionar eventuais infrações a tais regras.

Caberá, porém, ao CADE a análise dos atos de concentração e a aplicação de sanções à luz da defesa da concorrência, em sua função de prevenção e repressão a lesões à ordem econômica nacional. Neste aspecto, suas decisões são autônomas, sendo tomadas independentemente da regulação prudencial efetivada pelo BACEN e CMN.

Resta clara, assim, a perfeita harmonização das atribuições das duas autarquias, não havendo, assim, espaço algum a alegações de cerebrinos conflitos de competências”.

Como se vê, é nítida a comunhão dos entendimentos formulados pelos Conselheiros Celso Fernandes Campilongo e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, no sentido de que as competências são complementares entre o CADE e o BACEN, cabendo ao primeiro a defesa da concorrência sob a ótica transversal, e ao segundo, a defesa da concorrência sob a ótica setorial. Ademais, ressalta ainda o Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, em outro trecho de seu

voto, que nos Estados Unidos o setor bancário também está adstrito ao controle concorrencial da autoridade transversal.

Na mesma trilha, o Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior segue o entendimento adotado pelos seus pares que discordaram do voto da relatora e faz oportuna comparação com o caso do mercado energético, citado no tópico anterior:

“Assim, a expressão ‘compete privativamente’ é utilizada no sentido de afastar a atribuição de qualquer outro órgão regulador. Ela não exclui, contudo, a competência complementar do CADE para, da perspectiva do direito concorrencial e judicante, apreciar um mesmo ato de concentração, analogamente ao que já ocorre, com a diferença de que através de legislação mais clara, que não demanda maiores esforços hermenêuticos do intérprete da lei, com o setor de telecomunicações. Neste caso, claramente a ANATEL desempenha as funções de órgão regulador setorial (prudencial), podendo inclusive levar em consideração aspectos concorrenciais, e o CADE desempenha a função judicante.

Mais uma vez aqui vemos as semelhanças entre a ANATEL e o BACEN. Ambos os organismos exercem função reguladora prudencial e executam políticas de governo, e não, como é o caso do CADE, políticas de Estado”.

A despeito da diferença entre o BACEN e a ANATEL, especialmente no tocante à autonomia, o Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior estabelece um paralelo entre ambos e o CADE para afirmar que aos dois primeiros compete a aplicação de políticas de governo, e ao segundo, a aplicação de políticas de Estado.

Políticas de governo seriam aquelas suscetíveis de alteração não em razão das modificações fático-sistêmicas, mas da mudança na orientação política do governo. Dessa forma, sem que haja qualquer hierarquia entre ambas, as políticas de governo estariam mais ligadas à figura do grupo político governante, ao seu perfil e aos valores que persegue.

Por sua vez, as políticas de Estado estariam desvinculadas das questões governamentais e mais voltadas à apreciação de valores consagrados objetivamente na Constituição e na legislação, independentemente dos objetivos traçados para determinada gestão governamental. Em tese, a política de Estado independe do governo, embora, em muitos casos, efetivamente exista uma relação simbiótica entre ambos, em especial quando se lembra que as autoridades, inclusive as competentes para aplicar as políticas de Estado, são nomeadas pelo governo, que, além disso, ainda pode promover modificações na legislação a ser aplicada pela autoridade “de Estado”.

Pede-se vênia, por essa razão, para criticar a diferenciação formulada<sup>45</sup>. Primeiramente, porque pode ser ela aplicada, quando muito, ao BACEN, mas jamais à ANATEL, eis que esta última possui tanta, ou mais, autonomia que o CADE (isso em tese). Assim, não há razões para afirmar que a ANATEL aplica política de governo quando, na verdade, a razão de sua criação foi justamente

---

<sup>45</sup> No mesmo julgamento, o então Presidente do CADE, João Grandino Rodas, afirmou: “Assim, entendo, diferentemente do voto da i. Relatora deste processo, ex-Conselheira Hebe Romano, que tanto o BACEN como o CADE desenvolvem atividade administrativa e não de Governo, de modo que devem ser neutros, vinculados à lei ou à norma técnica”.

afastar as interferências governamentais no respectivo setor da economia, promovendo a chamada ‘regulação técnica’, objetiva, independente, o que caracterizaria, em tese, a chamada política de Estado.

Por outro lado, consoante demonstrado em tópico pretérito, a crença nas decisões ‘puras’, ‘técnicas’, ‘isentas’ é, quando muito, mero exercício de ingenuidade. A tática consiste em inserir tais decisões num quadro argumentativo que procura conferir-lhes autoridade frente às decisões tidas como de governo. Porém, na verdade, elas não se encontram tão ‘isoladas’ assim do Poder constituído, eis que, por exemplo, são tomadas por autoridade nomeada pelo próprio governante (ainda que sob a condição de aprovação pelo Poder Legislativo) e aplicam legislação em muitos casos elaborada pelo mesmo governante.

No mérito, o Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior seguiu os demais no sentido de discordar da relatora e reconhecer competências complementares entre o CADE e o BACEN, procedimento também imitado pelos Conselheiros Afonso Arinos de Mello Franco Neto<sup>46</sup> e Thompson Almeida Andrade<sup>47</sup>. O mesmo

---

<sup>46</sup> “Pelas razões já mencionadas de necessidade de sigilo e presteza da intervenção, a aplicação de tais medidas regulatórias deve preceder o exame de mérito concorrencial dos possíveis efeitos de concentração que decorrerem. Nesses casos o BACEN deve ter a prerrogativa de conduzir com autonomia a aplicação das medidas de intervenção com vistas à configuração final da estrutura de mercado que considerar satisfatória como compromisso entre os objetivos de regulação prudencial e sistêmica e os efeitos de concentração que a acompanharem. Após serem atendidos os objetivos regulatórios, os efeitos de concentração devem ser examinados pelo CADE à luz do art. 54 da Lei 8.884/94, levando-se em consideração os compromissos com os outros objetivos regulatórios, de acordo com a hipótese prevista pelo parágrafo 2º do art. 54 da Lei 8.884/94”.

<sup>47</sup> “Acreditar que no exercício da sua função em defesa da concorrência o CADE possa vir a contestar e derrubar normas prudenciais adotadas pelo Banco Central, de competência exclusiva deste agente regulador,

não se pode dizer, contudo, do voto proferido pelo então Presidente do CADE, que entendeu ser de caráter vinculativo o parecer da AGU e declinou da competência do CADE para apreciar a matéria<sup>48</sup>.

A par disso, o que se pode concluir é que, no caso Banco Finasa, o CADE, ainda que por maioria, afirmou sua competência para apreciar os atos de concentração no sistema financeiro, mercado regulado, no tocante à aplicação da Lei 8.884/94, ou seja, no que pertine às atribuições da autoridade transversal, sem, contudo, afastar a competência regulatória do BACEN, típica, portanto, das autoridades setoriais, inclusive no tocante à defesa da concorrência, nos termos de sua legislação de regência e observada a competência do CADE.

---

para lidar com situações de risco sistêmico é imaginar que seja impossível encontrar uma forma legal que reconheça os limites de atuação de ambos os órgãos. Da mesma forma que o CADE não contesta normas regulatórias estabelecidas pelas demais agências reguladoras, as suas relações com estas agências se fazem de forma cooperativa, o mesmo podendo ocorrer com o Banco Central.

As considerações feitas neste voto levam-nos, portanto, a considerar que deveria haver uma responsabilidade compartilhada entre o Banco Central e o CADE no que concerne à defesa da concorrência. Portanto, deve haver uma compatibilidade entre a visão econômica, a qual recomenda o compartilhamento da responsabilidade, e o instrumental jurídico que possibilitaria implementar tal divisão. Os votos dos Conselheiros Celso Campilongo, Roberto Pfeiffer e Ronaldo Macedo Júnior mostraram que do ponto de vista legal é perfeitamente possível tal compartilhamento. Por este motivo, acompanho estes votos e considero que o CADE deve apreciar o presente processo”.

<sup>48</sup> “Pois, efetivamente, hoje, o Parecer proferido pela AGU vincula o CADE e não há como entender de modo contrário. *De lege ferenda*, as sugestões podem ser muitas e, certamente, o serão. *De lege lata*, porém, o Parecer AGU/LA-01/2001 é vinculante, de modo que voto pela incompetência do CADE para aprovar o presente ato de concentração”.

### 3.3 O CASO GASPETRO/CS/GASPISA

O caso ora abordado consistiu em ato de concentração apresentado pela Petrobrás Gás S.A. (“Gaspetro”), referente ao contrato de concessão de exploração dos serviços de distribuição e comercialização de gás canalizado no estado do Piauí, com a criação de sociedade de economia mista para tanto: a Companhia de Gás do Piauí – GASPISA.

O precedente é interessante na medida em que ventila a possibilidade de o CADE, no exercício de suas atribuições, promover a aplicação da lei de defesa da concorrência no tocante aos contratos de concessão estaduais. Sobre a questão, o Conselheiro Relator, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, decidiu:

“Nunca é demais lembrar que, não obstante a norma do art. 175 e, no caso em questão, do art. 25, § 2º, também a Constituição Federal prevê a livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico como normas a serem obedecidas (art. 170, IV e art. 173, § 4º). Neste contexto, a liberdade do Poder Público em estabelecer a concessão de serviço público (no caso em análise pertencente aos Estados Federados, por força do já citado art. 25, § 2º, da CF) não pode ser tida como absoluta, devendo ser preservada, sempre que possível, a livre concorrência.

Porém, é de ser ponderada a questão do pacto federativo, o qual impede que o SBDC imponha a inobservância de normas municipais ou estaduais do mesmo modo que pode proceder quando se tratar da Administração Pública ligada ao Poder Executivo Federal. Nesses casos, cabe aos órgãos antitrustes tão-somente solicitar medidas dos entes federados para a adequação da norma à legislação concorrencial, que uma vez não observadas, podem ser objeto de representação do CADE junto ao Ministério Público a fim de resguardar a ordem econômica.

Assim, creio que a solução ideal seja a de expedir uma recomendação ao poder concedente para que adote as providências listadas pela ANP e SEAE”.

É interessante notar que nesse caso o próprio CADE reconheceu que não possui prerrogativas para impor aos entes federados a observância de suas legislações, em razão do pacto federativo.

Contudo, tal conclusão não implica o afastamento do CADE desses casos, restando-lhe promover, como de fato ocorreu no caso em análise, recomendações às partes interessadas para que não haja impactos anticoncorrenciais decorrentes da operação analisada. Recomendação, como o próprio nome indica, não possui o caráter cogente de que em geral as decisões do CADE se revestem, sobrando à autoridade transversal, se forem insuficientes as meras recomendações formuladas, agitar representação perante o Ministério Público, a fim de que, judicialmente, sejam compelidas as partes envolvidas a adotar as medidas necessárias à proteção da ordem econômica.

O mesmo entendimento foi adotado no julgamento da criação da Agência Goiana de Gás Canalizado – GOIASGÁS, sociedade de economia mista com fins de exploração dos serviços de gás combustível e canalizado no estado de Goiás, em voto da lavra do Conselheiro Fernando de Oliveira Marques, nos autos do processo n.º 08012.005516/2001-11<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> “Definiu-se como prerrogativa do Poder concedente avaliar a conveniência e oportunidade da adoção de medidas propostas pelo SBDC nos atos de concentração que envolvam apreciação de contrato de concessão de serviço público, a teor do art. 175 da Constituição Federal. Não obstante, foi ressaltada a norma

Em ambos os casos, como se pode observar, a análise se deu do ponto de vista do respeito ao pacto federativo, e não da prevalência da decisão da autoridade setorial sobre a da transversal ou vice-versa, o que, em princípio, deveria ter ocorrido. É que a imposição de legislação federal, especialmente a destinada a regulamentar dispositivo constitucional, é plenamente aplicável às autoridades estaduais e municipais, sem que com isso se tenha uma afronta ao pacto federativo. O que não se permite é a invasão federal em matéria de competência estadual, mas esse não é o caso, obviamente, das políticas de defesa da concorrência.

Por essa razão, no caso do setor de gás canalizado, ao que parece, o CADE vem deixando desnecessariamente de exercer suas atribuições de órgão transversal, renunciando, inclusive, ao enfrentamento da questão pertinente à complementaridade de competências com a autoridade setorial, com base no argumento equivocado do respeito ao pacto federativo.

Registre-se, ainda, que a Lei 9.478/97, que instituiu a ANP – Agência Nacional de Petróleo, é bastante restrita quanto à disciplina das competências

---

constitucional dos arts. 170, IV e 173, § 4º, que prevêm a livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico, concluindo-se que a liberdade do Poder Público em estabelecer a concessão de serviço público não pode ser tida como absoluta, devendo ser preservada, sempre que possível, a livre concorrência.

Dessa forma, cabe aos órgãos antitrustes solicitar medidas dos entes federados para a adequação da norma à legislação concorrencial, uma vez que se não observadas, podem ser objeto de representação do CADE junto ao Ministério Público a fim de resguardar a ordem econômica. Assim, no mesmo sentido do mencionado voto, determino a expedição de uma recomendação ao Poder Concedente para que adote as providências acima listadas pela Agência Nacional do Petróleo”.

complementares entre o CADE e a respectiva agência, restringindo-se a afirmar, em seu art. 10:

“Art. 10. Quando, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, para que estes adotem as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente.

Parágrafo único. Independentemente da comunicação prevista no caput deste artigo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE notificará a ANP do teor da decisão que aplicar sanção por infração da ordem econômica cometida por empresas ou pessoas físicas no exercício de atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, no prazo máximo de vinte e quatro horas após a publicação do respectivo acórdão, para que esta adote as providências legais de sua alçada”.

Nesse aspecto, observa-se que não estão derogadas, no tocante a esse mercado específico, regulado pela ANP, as competências dos demais integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SDE e SEAE), a exemplo do que ocorre com o mercado de telecomunicações. A intensidade da atuação da ANP no que pertine às políticas concorrenciais, ainda que sob o prisma regulatório, é bem reduzida em relação aos casos até agora estudados.

#### 3.4 O CASO COELBA

O caso ora ressaltado (Recurso de Ofício em Averiguações Preliminares nº. 08012.003604/2003-01) é relativo ao setor de energia elétrica, cuja regulação setorial é exercida pela ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. Nele se

alegou em preliminar a incompetência do CADE em face da autoridade setorial para apreciar, inclusive, questões de ordem concorrencial.

No seu voto, o Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos pontua:

“Diferentemente do alegado pela Representante, embora o art. 29 da Lei 8.789/95, em seus incisos VII, X e XI, estabeleça a obrigação genérica da agência reguladora de zelar pela qualidade do serviço e estimular a melhoria dos padrões de atuação e competitividade, é absolutamente inafastável a competência do SBDC para atuar no saneamento de possíveis irregularidades verificadas no ambiente concorrencial, posto que, em tais hipóteses, não pode sua prerrogativa ser afastada em razão de especialização técnica ou conveniência administrativa. Assim, caberia à ANEEL a fiscalização pela qualidade, segurança e durabilidade dos serviços e dos produtos que incidem sobre o fornecimento da energia elétrica. Caberia ao SBDC, por sua vez, a fiscalização por eventual afronta à concorrência neste mesmo ambiente”.

Nesse caso ficou bastante claro o posicionamento adotado pela autoridade transversal brasileira, no sentido de que, ao menos no setor de energia elétrica, a autoridade setorial é competente para promover as políticas regulatórias no aspecto técnico e econômico, ao passo que à autoridade transversal é dada a capacidade de aplicar a política concorrencial.

Mesmo tendo a lei da ANATEL expressamente lhe atribuído competências de ordem concorrencial, o entendimento que prevaleceu levou em conta a complementaridade de competências, de maneira que cada autoridade prevalece em seu âmbito de atuação material.

Na Lei 9.427/96, que instituiu a ANEEL, ficou estabelecido no art. 3º, incisos VIII e IX, que são atribuições deste órgão setorial

“estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferências de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si”;

assim como “zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica”, além das recomendações do § 1º do mesmo artigo, no sentido de outorgar à ANEEL o dever de articular-se com a SDE.

A competência da ANEEL, nesse caso, é complementar à competência dos demais integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, não havendo, portanto, exclusão de nenhum deles. Por outro lado, a legislação setorial foi explícita também no tocante à incumbência da agência de promover a defesa da concorrência, isso, óbvio, dentro da ótica regulatória, sem prejuízo das atribuições do CADE e do SBDC.

No caso da Espírito Santo Centrais Elétricas S/A (Pedido de Reconsideração referente ao Auto de Infração nº 0020/2001), o Conselheiro Thompson Andrade reforçou o entendimento até aqui solidificado:

“Primeiramente, deve ser destacado que a prévia habilitação e aprovação pela ANEEL da participação da Requerente no leilão público que ensejou a operação em exame não retira

do CADE a sua atribuição para analisar a questão, exercendo sua competência para promover a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica em todos os setores da economia, inclusive os regulados.

Nesse precedente, o Conselheiro não se restringe a afirmar positivamente a competência do CADE para aplicar as políticas concorrenciais apenas no mercado específico da contenda, mas a estende a todos os setores da economia, inclusive os regulados, o que contradiz o precedente anterior (mercado de gás canalizado), que exclui a competência federal para decidir, inclusive em matéria concorrencial.

### 3.5 O CASO CPFL – COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ

O caso ora citado (Ato de Concentração n.º 08012.007378/2001-04) versa sobre remanejamento – consubstanciado em instrumentos contratuais firmados no mês de novembro de 2001 – de bens, direitos e obrigações entre diversas empresas dos grupos econômicos VBC e CPFL, que atuam no mercado de energia elétrica, regulado pela ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica.

A legislação do mercado energético, a exemplo da observada no mercado de petróleo, é bastante reduzida no tocante à disciplina da concorrência, pelo que se conclui que “a ausência de menção ao controle de atos de concentração, por sua vez, mantém inalterado o regime da Lei 8.884, de 1994, para o controle de estruturas” (NUSDEO, 2000, p. 183).

No voto do relator, ficou consignado que, a despeito de a autoridade setorial haver considerado a operação como mera reorganização societária, tal fato não seria considerado como tal pelo CADE para efeitos de julgamento do ato de concentração:

“Quanto ao mérito deste ato de concentração, é importante salientar que a operação em análise não pode ser considerada uma reorganização societária propriamente dita, ao contrário do que afirmaram a ANEEL, a SEAE, a SDE e a Procuradoria Geral do CADE em seus pareceres.

Conforme jurisprudência deste Conselho, a transferência de controle acionário entre empresas poderia ser considerada uma reorganização societária sem maiores efeitos sobre a concorrência se as empresas envolvidas forem todas partes de um mesmo grupo e se a modificação na composição acionária não se refletir em mudanças sobre as decisões mercadologicamente relevantes da empresa”.

Como se percebe no caso concreto, a definição do ato estrutural, para fins de controle concorrencial, a despeito da postura adotada pelo órgão setorial, foi feita de acordo com a posição do órgão transversal, para fins de defesa da concorrência.

Registre-se, ainda, que tal julgado, feito em outubro de 2002, se deu em data posterior à vigência da Lei 10.438, de abril de 2002, que incluiu o inciso XIII no art. 3º da Lei 9.427/96, no que toca às competências da ANEEL:

“XIII – efetuar o controle prévio e **a posteriori** de atos e negócios jurídicos a serem celebrados entre concessionárias, permissionárias, autorizadas e seus controladores, suas sociedades controladas ou coligadas e outras sociedades

controladas ou coligadas de controlador comum, impondo-lhes restrições à mútua constituição de direitos e obrigações, especialmente comerciais e, no limite, a abstenção do próprio ato ou contrato”.

Daí se infere que esse poder de controle atribuído à ANEEL se refere ao controle estrutural em face das políticas regulatórias, e não à política concorrencial, afeta, como visto no julgado acima citado, ao CADE.

Ainda de acordo com a redação do dispositivo acima citado, compete à ANEEL:

“VIII – estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si;

IX – zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica”.

No inciso VIII está clara a competência de tutela concorrencial da autoridade setorial, contudo, no tocante à atividade regulatória, em sua faceta de função quase legislativa, quer dizer, ativa, através da imposição de normas com caráter de generalidade.

Dessa forma, a defesa da concorrência também pode ser exercida pela autoridade setorial, respeitando-se, todavia, uma linha imaginária que delimita o

seu âmbito de atuação mesmo dentro da seara da defesa da concorrência, linha essa que, aos poucos, já começa a se perceber.

### 3.6 DA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

Com base em estudo de direito comparado elaborado por Marques, Almeida e Forte (2005), passa-se a esboçar sumariamente a repartição de competências, ou a maneira de atuação coordenada entre as autoridades setoriais e a concorrencial, na União Européia, enquanto comunidade econômica, e em alguns de seus países integrantes.

#### 3.6.1 A Espanha

Na Espanha as autoridades responsáveis pela aplicação da legislação concorrencial são o *Tribunal de Defensa de la Competência – TDC* e o *Servicio de Defensa da la Competência – SDC*.

O primeiro tem por missão apreciar todos os acordos, práticas concertadas ou decisões de associações de empresas suscetíveis de impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, no todo ou em parte. Cabe-lhe ainda coibir os abusos de posição dominante, as concentrações de empresas e os auxílios do Estado, no intuito de assegurar o livre funcionamento do mercado. Para tanto, o TDC dispõe de competências contenciosas e consultivas (estas consistentes na possibilidade de consulta, em matérias relacionadas com a defesa

da concorrência, pelas Câmaras Legislativas, pelo Governo, pelos departamentos governamentais, pelas Comunidades Autônomas, pelas Autarquias locais, pela Câmara do Comércio e pelas organizações empresariais, sindicais ou de consumidores). É uma autoridade administrativa independente.

O segundo tem competências consultivas e auxiliares na instrução dos processos a serem apreciados pelo TDC, assim como outras previstas na Lei 16/89, de 17 de julho.

O relacionamento dessas instituições, responsáveis pela tutela da concorrência, com as autoridades independentes, em geral, se baseia na separação funcional de tarefas, competindo ao TDC e ao SDC velar pela defesa da concorrência, e às autoridades reguladoras, assegurar a regulação técnica e econômica nos respectivos setores. Contudo, ao regular técnica e economicamente os mercados, as autoridades independentes, a fim de garantir o seu bom funcionamento, devem igualmente patrocinar a defesa da concorrência.

Daí se conclui que a regulação técnica e a econômica, na Espanha, estão a cargo da autoridade setorial, ao passo que a regulação da concorrência é partilhada, coordenada e cooperativamente, pelas autoridades setoriais e a transversal, prevalecendo, nesse caso, a última, no que toca à sua esfera material de atuação.

### 3.6.2 A França

Na França o *Conseil de la Concurrence* – CC é o órgão responsável pela defesa geral da concorrência, sendo considerado pela doutrina como autoridade independente, ante a omissão legislativa sobre o assunto. Para o exercício de suas atribuições, é dotado de competências contenciosas e consultivas.

Diferentemente de outros países, na França o controle dos atos de concentração está substancialmente nas mãos do Governo, personificado no Ministro da Economia.

Existe também a *Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Repression des Fraudes (DCCCRF)*, que é uma direção-geral do Ministério da Economia a que compete auxiliar tecnicamente o Ministro da Economia nas suas decisões em matéria de Direito da Concorrência.

Vem do mercado de telecomunicações a maior contribuição para a disciplina da relação entre as autoridades setoriais e a autoridade da concorrência na França, dada a maior experiência do setor, em razão de sua antiguidade.

Em termos gerais, é possível afirmar que a relação entre ambas as autoridades nos respectivos mercados se dá mediante uma separação funcional de tarefas, segundo a qual tanto a regulação técnica quanto a econômica cabem à

autoridade reguladora setorial e a defesa da concorrência fica a cargo do CC. Observe-se, contudo, a necessidade de consulta recíproca quando a informação privilegiada detida por uma das autoridades puder ser determinante para a decisão da outra, o que incentiva a atuação coordenada e cooperativa.

### 3.6.3 A Itália

Na Itália, a *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, autoridade independente, é responsável pela aplicação geral das políticas de defesa da concorrência.

O relacionamento de tal autoridade com as autoridades setoriais no mercado italiano se dá em dois campos diversos. No setor financeiro, no qual a autoridade regulatória setorial é o Banco de Itália, cabe a este último a regulação técnica e econômica, assim como a aplicação do direito da concorrência, mediante parecer prévio da *Autorità della Concorrenza*. Essa manifestação preliminar, contudo, não tem caráter vinculante, o que denota, nesse mercado, a prevalência da autoridade setorial em relação à transversal, inclusive no tocante à defesa da concorrência.

Já nos demais setores prevalece a separação funcional de atribuições, cabendo às autoridades regulatórias setoriais a regulação técnica e econômica, e à *Autorità della Concorrenza*, a defesa da concorrência, respeitado o mecanismo de consulta recíproca quando a informação privilegiada detida por uma das

autoridades for determinante para a decisão da outra (aí uma semelhança com os modelos observados anteriormente).

#### 3.6.4 O Reino Unido

No Reino Unido, várias são as autoridades responsáveis pela aplicação do direito da concorrência: a) o *Secretary of State for Trade and Industry* (responsável pelo *Department of Trade and Industry* e assistido pelo *Consumer and Competition Policy Directorate*); b) o *Office of Fair Trading – OFT*, órgão independente especialmente encarregado de aplicar o direito da concorrência no Reino Unido, cujo objetivo principal é assegurar o correto funcionamento dos mercados com vista à proteção da concorrência e dos direitos e interesses dos consumidores; c) a *Competition Commission*, a que compete realizar inquéritos e/ou elaborar relatórios previstos em lei, posteriormente dirigidos ao Secretário de Estado ou ao Regulador Setorial, bem como apreciar os recursos das decisões do *OFT* e dos reguladores setoriais; d) o *Competition Appeal Tribunal*, órgão independente criado para conhecer dos recursos das decisões do *OFT*, da *Competition Commission* e dos reguladores setoriais.

No geral, o sistema britânico se assemelha à maioria dos demais, no sentido de que cabe às autoridades setoriais a regulação técnica e econômica, e à autoridade da concorrência, a defesa da concorrência, respeitada a separação funcional de tarefas.

No entanto, merece ressalva a peculiaridade de que cabem tanto ao *OFT* quanto às autoridades regulatórias setoriais competências concorrentes quanto à aplicação do *Competition Act*, de 1998, em matéria de colusões e abuso de posição dominante. No que concerne ao controle de concentrações, a única autoridade competente é o *OFT*. Para disciplinar as competências concorrentes entre o *OFT* e as autoridades regulatórias setoriais, foi criada a *Concurrent Application to Regulated Industries*.

### 3.6.5 Os Estados Unidos

Nos Estados Unidos, país onde ainda são inúmeras as *Regulatory Agencies*, a defesa da concorrência compete precipuamente ao Departamento de Justiça (*Department of Justice*) e à Comissão Federal de Comércio (*Federal Trade Commission*).

Contudo, a atual tendência norte-americana é a desregulação, ou seja, o gradual afastamento das autoridades regulatórias dos respectivos mercados regulados, fazendo com que estes sejam livremente explorados em regime de concorrência, ficando, portanto, inteiramente submetidos apenas aos órgãos antitrustes. Por exemplo, em 1995 foi extinta a *Interstate Commerce Commission* – *ICC*, autoridade regulatória que cuidava do mercado de transporte de superfície, nicho pioneiro na regulação norte-americana.

## **CAPÍTULO 4 – SOLUÇÕES AOS CONFLITOS DE COMPETÊNCIA ENTRE O CADE E AS AGÊNCIAS REGULADORAS**

Pelo que foi observado até o presente momento, já se torna possível estabelecer alguns critérios objetivos a fim de delinear com mais precisão o campo de atuação da autoridade setorial e da autoridade transversal.

De um lado, verificou-se que o exercício funcional da atividade regulatória, seja ela setorial ou transversal, tem lugar em três campos: 1) a atividade administrativa propriamente dita; 2) a atividade quase legislativa; e 3) a atividade quase judicial.

Por outro lado, observou-se que a atividade regulatória se dá com o escopo de regulação técnica, de regulação econômica e de regulação concorrencial, pelo que se podem estabelecer inúmeros modelos de atuação coordenada das diversas autoridades, setoriais ou transversais, firmados, em cada caso, pelo arcabouço legislativo do respectivo país.

A experiência estrangeira, consoante observado, demonstra que não há um modelo ontologicamente válido, que, via de consequência, excluiria os demais. Na verdade, a definição do modelo regulatório de cada país se dá na medida de suas necessidades, o que se espelha nas legislações particulares. O estudo da experiência estrangeira, contudo, não se mostrou inócuo, pois a partir dele foi possível vislumbrar os diferentes desenhos institucionais passíveis de adoção. Em

muitos casos, poder-se-ia aplicá-los ao cenário nacional sem maiores transtornos, desde, é claro, que não entrassem em rota de colisão com nosso direito positivo.

Nos casos resumidamente verificados, pôde-se observar uma tendência em se relegar à autoridade setorial a regulação técnica e econômica, reservando-se à autoridade transversal a defesa da concorrência, ainda que partilhada com a autoridade setorial. Em outras palavras, a regra parece ser a possibilidade da atuação da autoridade transversal na defesa da concorrência, ainda que o respectivo mercado esteja sob a égide regulatória da autoridade setorial.

No Brasil, o plexo funcional da autoridade transversal decorre diretamente da Constituição, especialmente do art. 170 e do art. 173, § 4º<sup>50</sup>, enquanto que o das autoridades setoriais deriva em alguns casos também da Constituição e, em outros, da legislação ordinária<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> “O caráter instrumental da proteção da concorrência permanece na atual Constituição, que manda reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência (art. 173, § 4º), em atenção ao princípio da livre concorrência (art. 170, IV). Manda, também, reprimir o aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º), conforme o princípio da defesa do consumidor (art. 170, V). Essa proteção, entretanto, vinha inserta no fim geral e maior, qual seja: ‘assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social’, em obediência ao *caput* do art. 170 e ao art. 3º” (FORGIONI, 2005, p. 191).

<sup>51</sup> “Podem-se distinguir dois níveis de posituação da *regulação* no Brasil: o *constitucional*, que estabeleceu o marco pioneiro em 2005, e o *legal*, que surgiu um ano mais tarde. Assim, a introdução formal do instituto da regulação entre nós tem seu marco preciso: a Emenda Constitucional n.º 8, de 16 de agosto de 1995, que em seu art. 1º, ao modificar o art. 21, XI, da Constituição, determinou que se criasse um ‘*órgão regulador*’ para a disciplina dos serviços de telecomunicações. Três meses depois, nova Emenda Constitucional n.º 9, de 10 de novembro de 1995, ao alterar o § 2º do art. 177 da Constituição, também determinava a criação de um outro ‘*órgão regulador*’, desta feita para o setor de hidrocarbonetos monopolizados pela União. Afora esses dois órgãos reguladores, todos os que foram anterior e posteriormente instituídos não o foram em virtude de *disposição constitucional*; uma vez que já não mais se referiam a setores originariamente destacados pelo constituinte como objeto de *monopólios públicos*; todos os demais setores de *serviços públicos* bem como de *atividades de interesse geral* sujeitos à regulação o foram por disposição congressional ordinária sobre as matérias tratadas através de *leis deslegalizadoras*” (MOREIRA NETO, 2003, p. 190)

Por outro lado, a Constituição, ao instituir a livre concorrência como princípio geral da ordem econômica (art. 170, IV) e ao determinar que a lei reprimisse o abuso do poder econômico que visasse à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º), não outorgou expressamente tal função ao CADE, nem tampouco a qualquer outra instituição em particular, de maneira que a atuação de uma autoridade não exclui necessariamente a de outras.

Posto isso, é de se concluir que o desenho institucional formulado pela Constituição não define com precisão o âmbito de atuação de cada autoridade, razão pela qual se faz necessária a verificação de outros elementos inseridos no sistema intervencionista nacional.

Isso porque, mesmo diante da importância estratégica das agências reguladoras, não lhes é dado, também por questões estratégicas, se sobrepor à atuação das demais autoridades envolvidas na regulação como um todo, devendo ser privilegiado o caráter harmônico em detrimento do excludente nessa relação muitas vezes conflituosa (FARENA, 2005, p. 75)<sup>52</sup>.

A Lei de Defesa da Concorrência (Lei 8.884/94), em seu art. 3º, define o CADE como “órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional”, de

---

<sup>52</sup> “Na verdade, os sistemas regulatórios e os demais (de defesa da concorrência, do consumidor etc.) devem ser harmônicos, não excludentes. A autonomia é conferida às agências para a regulação do setor dentro do campo representado pela lei do setor, do contrato e das normas regulamentares não se sobrepor às competências legais dos demais órgãos, sejam estes dotados de autonomia ou não – como por exemplo os PROCON’S, o CADE, etc.”.

maneira que, de plano, já se pode concluir que, no Brasil, a autoridade transversal está afeta, apenas, à função administrativa, inerente à sua própria natureza autárquica, e à função quase jurisdicional, por expressa menção legal.

Decorrencia disso é a conclusão de que, por exclusão, a função quase legislativa está a cargo das autoridades setoriais, o que é uma das marcas principais das agências reguladoras, além de suas funções também administrativas e quase judiciais.

Por outro lado, resta verificar, a par das funções exercidas pelas autoridades nacionais, o escopo – técnico, econômico e concorrencial – de cada uma delas.

Por tudo o que foi desenvolvido até o presente momento do trabalho, é forçoso concluir que a regulação técnica compete às autoridades setoriais. Isso é, inclusive, um dos fundamentos da criação desses órgãos, instituídos a fim de afastar as decisões de cunho político-partidário desses mercados específicos e substituí-las por decisões de caráter técnico, consoante observa Fernando Harren Aguillar:

“A principal argumentação reside na necessidade de desvincular da política a tarefa de decidir e regulamentar: atividades econômicas são objeto da técnica econômica e é com base na técnica que devem ser tomadas as decisões relevantes em cada setor de atividades. A sombra da política teria o demérito de desvirtuar o sentido e a função da tarefa regulatória, ou seja, o Poder Executivo, quando

tem o poder de influenciar a escolha e as decisões dos membros do ente regulador, faz prevalecer seus interesses políticos, em prejuízo dos interesses do mercado” (AGUILLAR, 2006, p. 206).

A essa conclusão também se pode chegar da simples leitura das legislações específicas, a exemplo da Lei 9.472/97, que criou a ANATEL e lhe atribuiu, entre outras, a competência para “expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem”, para “expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos” e para “expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais” (art. 19).

Essa regulação técnica, a cargo das autoridades setoriais, se dá tanto no exercício da função administrativa quanto no das funções quase legislativa e quase judicial. A função administrativa nesse caso tem lugar com o uso do Poder de Polícia para fiscalização e implementação das normas estabelecidas no âmbito do exercício do poder quase legislativo, restando à função quase judicial dirimir os conflitos eventualmente surgidos em razão da prática das duas outras funções.

Por outro lado, a regulação econômica compete igualmente às agências reguladoras, vez que também lhes cabe dar execução às políticas públicas voltadas para os setores regulados. É o que se depreende, também, por exemplo, da Lei 9.472/97, que estabeleceu ser competência da ANATEL, entre outras

funções, “implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações”, “expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público” e “controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes” (art. 19).

O exercício da regulação econômica pela autoridade setorial no Brasil, contudo, se encontra em xeque, vez que muitos choques estão ocorrendo no tocante à promoção de políticas públicas. A Administração direta tem questionado a legitimidade das autoridades independentes em formular as políticas públicas dos setores regulados em detrimento dos respectivos ministérios.

Tal insatisfação encontra-se contemplada no Projeto de Lei 3.337/04, em trâmite no Congresso Nacional, que institui a Lei Geral das Agências Reguladoras. Na exposição de motivos do referido projeto resta consignada a intenção de redesenhar o quadro:

“Uma das principais distorções do papel das Agências Reguladoras detectadas foi o exercício de competências de governo pelas Agências Reguladoras, como a absorção da atividade de formulação de políticas públicas e do poder de outorgar e conceder serviços públicos. Tais distorções são encontradas em todas as leis de regência das Agências Reguladoras acima mencionadas, as Leis n.º 9.424/96, n.º 9.472/97, n.º 9.478/97 e n.º 10.233/01. Cumpre estabelecer que no caso da Lei n.º 9.427/96, do setor elétrico, o encaminhamento dessas questões já foi resolvido pela Medida Provisória n.º 144, de 11 de dezembro de 2003, já

convertida na Lei n.º 10.848, de 15 de março de 2004, não sendo, por isso, contempladas neste projeto de lei”.

Daí se vê a insatisfação da Administração direta com o amplo poder atribuído às autoridades setoriais, inclusive e principalmente no tocante à formulação de políticas públicas do setor, que deveria estar a cargo, segundo entende, da própria Administração direta, legitimada pelo voto. É por isso que a Administração direta afirma que a fixação dessas políticas é competência de governo.

Mais adiante, o proponente do projeto justifica o que chama de distorção e propõe que se redesenhe o modelo institucional:

“A absorção da atividade de formulação de políticas, Senhor Presidente, se deu geralmente, por falta de estrutura dos Ministérios setoriais responsáveis pela formulação das políticas, no exercício de suas competências legais. Desse modo, em alguns casos, as Agências não só regulavam e fiscalizavam o setor como atuavam de forma ampla na formulação de políticas setoriais. O projeto de lei procura estabelecer a fronteira entre formulação de política setorial e regulação econômica. Esse objetivo, frise-se, não implica qualquer incompatibilidade entre a atividade de regulação desempenhada pelas Agências e a formulação de políticas setoriais por parte dos Ministérios. Ao contrário, ambos – Agências Reguladoras e Ministérios – podem atuar de forma harmoniosa e, do ponto de vista institucional, de modo cooperativo. O projeto de lei que ora lhe submeto, em nome dos Ministros de Estado que participaram ativamente desse debate e da formulação das propostas em tela, pretende deixar claro à sociedade que planejamento e formulação de políticas setoriais cabe aos órgãos da administração direta. Às Agências Reguladoras cabe regulamentar e fiscalizar as atividades reguladas, implementando, no que lhes toca, a política setorial”.

Como se observa, no projeto há uma nítida distinção entre a formulação das políticas setoriais e a sua aplicação. Caso seja aprovado, haverá uma tendência em se atribuir à Administração direta a formulação, e às autoridades setoriais, a aplicação das políticas públicas dos respectivos mercados, repartindo-se, assim, a função de regular a economia.

Posto isso, conclui-se que o exercício da regulação econômica está afeto às autoridades setoriais, nos termos da legislação vigente, tendendo a ser repartido com a Administração Direta, no caso de êxito do projeto de Lei Geral das Agências Reguladoras.

A regulação econômica acontece no âmbito da função administrativa, quando a autoridade dá cumprimento, por meio do Poder de Polícia, às normas estabelecidas no exercício do poder quase legislativo, restando ao poder quase judicial dirimir os conflitos decorrentes dessa normatização.

A regulação da concorrência é exercida de maneira um pouco diversa das demais. É que, a teor do art. 3º da Lei 8.884/94, o CADE é, como dito, órgão julgante, e por isso desempenha apenas as funções administrativas e quase judiciais. Mas com que escopo? Considerando que tanto a regulação técnica quanto a regulação econômica estão a cargo das autoridades setoriais, resta definir a quem compete a regulação da concorrência<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> “Com efeito, presencia-se, nestes tempos, uma nítida tensão que se traduz na dicotomia ‘**centralização x descentralização**’ do direito da concorrência, ou seja, de um lado, a tendência de *setorização do direito*

O art. 1º da Lei 8.884/94 esclarece que a Lei de Defesa da Concorrência “dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica”, ao passo que o seu art. 2º determina sua aplicação às práticas cometidas em todo ou em parte do território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos. Os meios de aplicação são a análise prévia dos atos de concentração e os processos administrativos punitivos de condutas anticompetitivas.

Pelo fato de ser instituição especificamente criada para este fim e por força de disposição expressa de sua lei de criação, ao CADE compete a aplicação da regulação concorrencial, contudo, apenas no que toca ao escopo regulatório administrativo e quase judicial (art. 3º da Lei 8.884/94).

Por outro lado, não se pode olvidar que a aplicação da regulação concorrencial não é exclusiva do CADE, cabendo às autoridades setoriais aplicá-la no âmbito da atividade administrativa, quase judicial e quase legislativa. Nos dois primeiros casos, seu exercício se dará de maneira coordenada com o CADE, reservando-se a este último, contudo, a palavra final em caso de conflito de posicionamentos. Já no tocante à atividade quase legislativa, esta será conduzida pela autoridade setorial em caráter de exclusividade, estando seus atos, porém, sujeitos ao crivo do CADE, no exercício de sua atividade quase judicial. Aliás, registre-se que, devido à hipercomplexidade com que os problemas jurídicos são

---

*antitruste e, de outro, a necessidade de que haja unidade na política concorrencial. Em termos práticos, o que está em jogo é a aplicação cabal da Lei 8.884/94 à economia como um todo ou a pulverização da defesa da*

apreciados contemporaneamente, não cabe mais ao juiz apenas a aplicação automática da legislação, e sim a interferência direta na realidade pela ação corretiva sobre os desvios verificados na política legalista (PETTER, 2005, p. 163)<sup>54</sup>. Isso reforça ainda mais a atuação do CADE nessa seara, por expressa determinação do art. 15 da Lei 8.884/94<sup>55</sup>.

Este é o quadro ora proposto<sup>56</sup>:

	Regulação Técnica	Regulação econômica	Regulação concorrencial
Função administrativa	AR	AR	CADE-AR*
Função quase legislativa	AR	AR	AR**
Função quase judicial	AR	AR	CADE/AR***

\* Simultaneidade no gênero, mas com exercício restrito ao cumprimento de seus próprios atos.

\*\* Atuação exclusiva da agência reguladora sujeita ao crivo do CADE.

\*\*\* Atuação simultânea (caso a lei também a confira à agência reguladora), prevalecendo, em caso de divergência, a decisão do CADE.

---

*concorrência em setores específicos do mercado*” (SILVA, 2005, p. 04).

<sup>54</sup> “Destarte, altera-se a posição do juiz, que passa a ter co-responsabilidade na ação corretiva de desvios para a consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes, cabia exclusivamente ao Legislativo e ao Executivo, passa a ser imputada também à Justiça. Não mais adstrito à legalidade estrita, o operador derradeiro fica obrigado também a uma atitude prospectiva, tendo inclusive responsabilidade pelo sucesso político dos fins do Estado Democrático de Direito, no presente estudo, para a efetivação dos valores protegidos pela Lei n.º 8.884/94, cujos preceitos encontram-se iluminados pela normatividade constitucional da ordem econômica (art. 170, CF)”.

<sup>55</sup> “Art. 15 Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”.

<sup>56</sup> Onde “AR” significa “agência reguladora”.

Pelo modelo proposto, à agência reguladora cumpre exercer suas atribuições no âmbito da regulação técnica, utilizando-se, para tanto, das funções administrativas, quase judiciais e quase legislativas.

O mesmo se diga no que toca à regulação econômica, cabendo à agência reguladora sua promoção também no âmbito das funções administrativas, quase judiciais e quase legislativas.

A celeuma se restringiu, assim, à seara da regulação concorrencial, de maneira que, pelo modelo proposto, os conflitos verificados são diluídos por critérios prévios e que procuram, ao máximo, equalizar ambas as atuações de sorte que os resultados sejam os mais eficientes possíveis.

Assim, quanto à regulação concorrencial, deve-se verificar em cada função (administrativa, quase legislativa ou quase judicial) qual autoridade deve atuar e de que forma.

No modelo ora adotado, a função administrativa da regulação concorrencial é promovida simultaneamente pela autoridade setorial e pela autoridade concorrencial. Essa simultaneidade não é, contudo, sobreposta, mas complementar. Assim, a atividade administrativa, que se revela mais fortemente na faceta do exercício do Poder de Polícia, é desempenhada pela autoridade setorial no tocante à fiscalização e cumprimento das normas regulatórias, que, como visto, em muitos casos têm muito de concorrencial. Por exemplo, uma

norma regulatória define como os concorrentes do setor elétrico devem compartilhar as linhas de transmissão<sup>57</sup> (barreiras à entrada<sup>58</sup>). Trata-se de norma regulatória com escopo em grande parte concorrencial, competindo à autoridade setorial a adoção de providências administrativas para fiscalizar e impor o cumprimento de tal norma.

Contudo, a fiscalização de um Termo de Compromisso de Cessação (art. 53 da Lei 8.884/94) celebrado em face de condutas anticompetitivas praticadas pelos agentes do mercado energético no compartilhamento de linhas de transmissão, independentemente do descumprimento ou não das normas regulatórias, vez que, quanto a estas, como dito, cabe   autoridade setorial a tutela, compete   autoridade transversal, o CADE.

---

<sup>57</sup> Esse compartilhamento se d  em razão da aplica o da Teoria das Instala es Essenciais (*Essential Facilities Doctrine*), abrangendo “todas as atividades em que uma empresa possui um bem sem o qual a competi o de terceiros   inviável (ex.: direitos autorais, redes de caixas eletr nicas, est dios, etc.)” (ARAGÃO, 2005, p. 31). Assim, a fim de viabilizar a competi o no setor específico, a empresa dominante pode ser constringida pela autoridade da concorrência a disponibilizar a *essential facility* ao seu concorrente, mediante justa remunera o, compatível com a possibilidade de competi o. “A origem da *essential facility* poderia dar a impressão de que o conceito só tem relevância quando se está considerando o acesso a infra-estruturas bastante específicas, normalmente ligadas a uma indústria organizada em rede. Todavia, não importa tanto o tipo de bem ou o mercado que está sendo considerado. O relevante   a situa o de dependência referida acima. Sob esta perspectiva, qualquer bem econômico pode, em princípio, vir a ser uma *essential facility*” (SALOMÃO FILHO, 2001, pp. 40-41). “A existência deste dever (de compartilhamento) não   uma conclusão decorrente apenas das normas gerais de direito concorrencial. Observa-se mesmo uma crescente positiva o de normas setoriais específicas, que procuram disciplinar expressamente o problema trazido pela existência da *essential facility*” (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 50).

<sup>58</sup> Sobre as barreiras   entrada, Paula A. Forgioni observa: “Podemos considerar, a exemplo da Comissão e da Corte de Justiça européia, que qualquer custo a ser suportado pelos agentes econômicos para viabilizar sua entrada no mercado deve ser considerado como barreira   entrada (cf. Frignani, Abuso di posizione dominante”, *Diritto antitrust italiano*, p. 341). Fábio Nusdeo explica que as barreiras de entrada são ‘um obstáculo ao acesso de novas unidades produtoras em virtude da posi o de privilégio que conferem às já atuantes num dado mercado’ (Abuso do poder econômico, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, p. 125)” (FORGIONI, 2005, pp. 334-335).

Dessa forma, percebe-se que a atuação, nessa seara, é simultânea, mas, como ressaltado, não de maneira sobreposta, e sim complementar, competindo às autoridades a tutela, por meio da função administrativa, das suas normas específicas.

Já o mecanismo da função quase legislativa é diverso, porque diverso o panorama fático-jurídico. Tal função é exercida exclusivamente pelas autoridades setoriais, eis que a própria lei instituidora do CADE restringe sua atuação à de um órgão julgante, portanto, inerte, sujeito às provocações daqueles legitimados para tanto. Daí se conclui que a função quase legislativa da regulação concorrencial está a cargo das autoridades setoriais. O CADE, contudo, não está absolutamente ausente nessa área, restando-lhe a competência residual de órgão julgante no tocante à função quase legislativa da autoridade setorial, como se verá a seguir.

Por fim, no que toca à atividade quase judicial da regulação concorrencial, há simultaneidade, dessa sorte sobreposta, a depender da legislação específica da respectiva agência. Isso porque nem todas as agências possuem tal competência, mas as que a possuem podem exercê-la nos termos da sua legislação, sem prejuízo da atuação do CADE, que fará valer sua competência sobrepostamente à das agências, se no caso concreto estas a possuírem. Assim, por exemplo, as condutas anticompetitivas podem ser, em tese, apreciadas por uma determinada agência no exercício regular do seu plexo funcional, desde que haja previsão legal para tanto. A decisão tomada pela autoridade setorial, contudo, terá de se curvar ante decisão em sentido diverso do CADE, pois esse exerce

suas atribuições inclusive em face de pessoas jurídicas de direito público, a teor do art. 15 da Lei 8.884/94, que determina:

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

Quer dizer, a competência do CADE se estende, no tocante à atividade judicante de regulação concorrencial, inclusive sobre as agências reguladoras<sup>59</sup>, que deverão, via de regra, atuar coordenadamente com o CADE, mas que, em alguns casos, poderão figurar até mesmo como representadas num processo administrativo para apuração de condutas anticompetitivas<sup>60</sup>.

Nesse aspecto, são válidas duas observações: 1) a jurisdição do CADE sobre os mercados regulados não se dá à luz exclusivamente da Lei 8.884/94, mas também da legislação reguladora do setor, de sorte que determinada conduta, anticompetitiva em mercados desregulados, pode não o ser na contingência de certo mercado regulado, o que deve ser verificado pelo CADE; 2) em consequência da primeira observação, a simultânea vigência da lei de defesa

---

<sup>59</sup> Santiago Muñoz Machado entende que o Tribunal de Defesa da Concorrência espanhol pode anular ato ou regulamento administrativo, bem como adotar medidas cautelares, ordens de cessação da atitude anticompetitiva e indicar comportamentos a serem seguidos no futuro pelas entidades públicas infratoras (MACHADO, 1998, pp. 209-210). Em sentido contrário: Leon, 1996, p. 150.

<sup>60</sup> Sinalizando nesse sentido, o CADE já decidiu, nos autos da Averiguação Preliminar n.º 08000.025952/96-54, em voto da então Conselheira Lúcia Helena Salgado, que o DAC 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

da concorrência e da lei reguladora, ainda que ambas sejam de mesma hierarquia, faz com que não haja, no que toca às estruturas de mercado, a prevalência genérica de uma sobre a outra, cabendo preponderantemente à autoridade concorrencial, mas também à autoridade setorial, aplicar uma sempre tendo em conta as disposições da outra.

Essas observações são importantes porque implicam dizer que o julgamento de um processo por parte do CADE se dará de maneira diversa, caso se trate de um mercado desregulado ou de um mercado regulado. Quando a decisão envolve mercados regulados, é preciso levar em conta, além das normas estritamente concorrenciais, a estrutura regulatória.

#### 4.1 ARGUMENTOS EM DEFESA DO MODELO

O modelo ora apresentado não pretende, em absoluto, oferecer resposta definitiva e acabada ao problema objeto deste trabalho. Ao contrário, ele está, como não poderia deixar de sê-lo, sujeito a críticas. Por essa razão, apresentam-se alguns argumentos em sua defesa.

---

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”.

#### 4.1.1 *A especialidade*

Argumento muito utilizado, inclusive nos precedentes apresentados no capítulo anterior, foi o da especialidade. A autoridade que reúne, via de regra, melhores condições de exercer suas atribuições é aquela que possui maior conhecimento específico, mais ainda no caso dos mercados regulados, que assim se caracterizam justamente em consequência das inúmeras peculiaridades que apresentam.

É por essa razão que se criaram várias autoridades setoriais, uma para cada setor envolvido, de maneira que se pudesse reunir corpo técnico com destacado conhecimento sobre cada nicho específico. Exceção a essa diretiva são as agências reguladoras estaduais, que, em alguns casos, estão reunidas em uma única autoridade. Mas, enfim, a idéia é que o conhecimento específico, aliado à prática reiterada da regulação de um mesmo setor, confere, em geral, mais qualidade aos serviços prestados.

O problema reside em estabelecer, em relação à regulação como um todo, qual é a autoridade específica: a setorial ou a transversal.

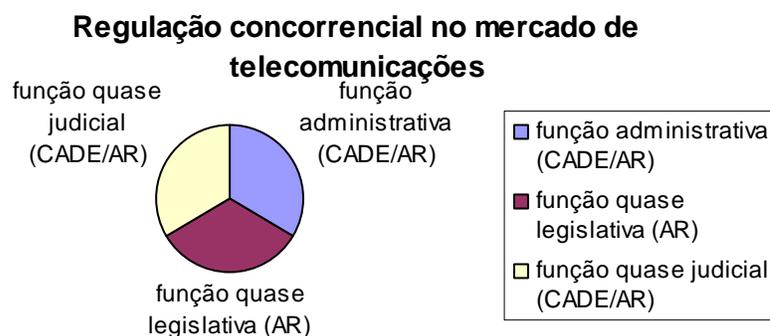
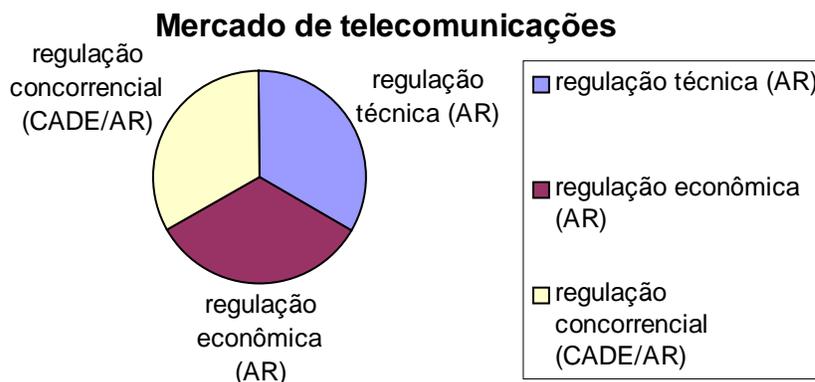
Muito se tem discutido a esse respeito, e em alguns casos se afirma que a autoridade setorial é específica em relação à autoridade transversal, do que decorre que, em todas as hipóteses, sob o critério da especialidade, deve prevalecer sempre a primeira. Nesse sentido ruma, por exemplo, Helena de Araújo

Lopes Xavier, quando afirma que “enquanto direito especial em relação à LBDC, a LGT, embora sem contrariar substancialmente os princípios naquela contidos, adapta-a às particulares circunstâncias do setor de telecomunicações, relegando a sua aplicação para o plano da subsidiariedade” (XAVIER, 2003, p. 32). Essa não é, contudo, a posição adotada no presente trabalho.

Como registrado anteriormente, não há de se confundir autoridade geral com autoridade transversal, pois os conceitos são diversos. No Brasil não existe uma autoridade reguladora geral: a atividade de regulação está dividida em campos específicos de atuação (regulação técnica, econômica e concorrencial). Assim, não é porque a autoridade transversal atua em todos os mercados regulados que se configura como autoridade geral, vez que essa atuação, como dito, não é ampla, mas restrita a um campo material muito limitado.

Por exemplo, o CADE não se investe de sua autoridade transversal – e que por isso não é geral – na regulação técnica do setor de telecomunicações. Não o faz, inclusive, nem no campo da regulação concorrencial quase legislativa, vez que se restringe à seara da quase jurisdição (e à seara administrativa, para fazer valer suas decisões judicantes). Posto isso, e ainda segundo o mesmo exemplo, se considerarmos, de acordo com o quadro acima elaborado, que à autoridade setorial compete o exercício exclusivo da regulação técnica, econômica e concorrencial quase legislativa, e ao CADE cabe apenas a regulação concorrencial quase judicial (em alguns casos coordenadamente, embora com prevalência de sua decisão), é de se perguntar: ainda assim é possível afirmar

que o CADE é autoridade geral? Veja-se a ilustração gráfica do exemplo apontado:



Como se vê, no mercado de telecomunicações (e essa é a regra geral para os demais), se observadas as possibilidades de atuação regulatória, a maior parte desse mister é exercida pelas agências reguladoras, o que lhes confere, no âmbito da regulação, caráter geral, ao passo que, à autoridade transversal, é destinada parcela específica da regulação geral, qual seja, a função quase judicial da regulação concorrencial, pelo que se depreende, via de

conseqüência, seu caráter específico. E mais, em alguns casos, até a atividade quase judicial é repartida entre a autoridade transversal e a setorial.

Diante de tais considerações, parece decorrência lógica a conclusão de que, no âmbito da regulação geral, a autoridade transversal detém natureza especial em relação à autoridade setorial.

Em outras palavras, tudo depende da ótica sob a qual se observará o panorama fático. A autoridade da concorrência, conquanto exerça suas atribuições transversalmente em todos os mercados, o faz num campo material específico, o que lhe confere o caráter de especialidade. Já a autoridade setorial, muito embora tenha seu âmbito de atuação restrito a um mercado específico, dentro dele faz uso de amplos poderes regulatórios. Em suma, no caso concreto, será sempre a autoridade regulatória menos especializada em concorrência do que a autoridade transversal.

#### *4.1.2 Estabilidade e unicidade das políticas concorrenciais*

O fato de exercer papel especializado em todos os mercados regulados confere ainda à autoridade concorrencial mais consistência e coerência na aplicação das políticas concorrenciais como um todo.

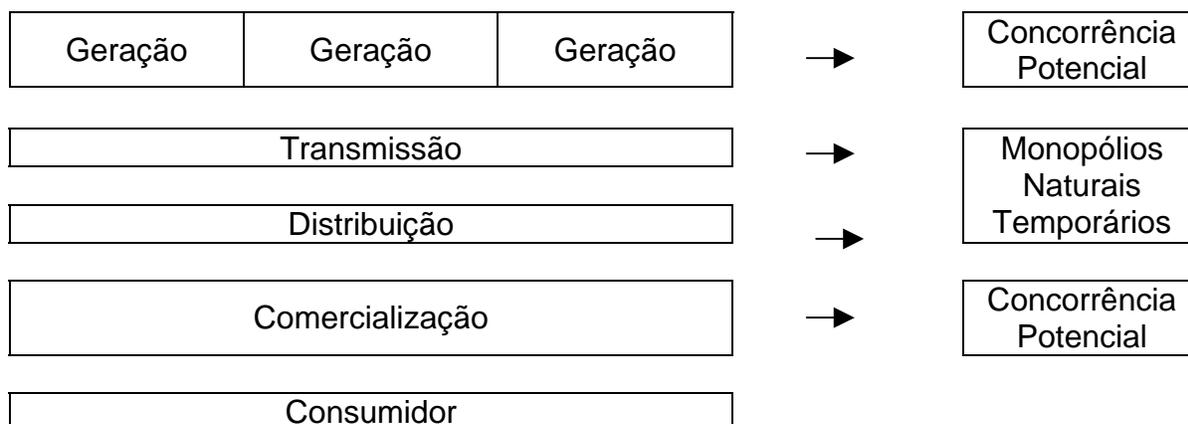
Não é interessante para nenhum país a adoção de políticas concorrenciais diferentes em diversos mercados, sendo a coerência no julgamento dos casos concretos, mediante a adoção de critérios já consagrados pela experiência especializada (jurisprudência), forte instrumento de estabilidade econômica, o que parece ser, no fundo, um dos principais escopos da regulação como um todo.

Essa coerência impede a formação de 'ilhas' de privilégios concorrenciais, se levarmos em conta, principalmente, o fenômeno ressaltado em capítulo anterior concernente ao fato de que, muitas vezes, a regulação, instituída a fim de eliminar os monopólios públicos, constitui novos monopólios, desta sorte privados, amplamente protegidos pela regulação. Tal fato é plenamente possível, dado que a regulação trata de mercados muito peculiares, em alguns casos em cadeia, nos quais em várias de suas fases se caracteriza o monopólio natural (p. ex., o setor elétrico), o que acarreta a ocorrência de assimetrias regulatórias<sup>61</sup>. É o caso citado por Oliveira e Rodas (2004, p. 155):

---

<sup>61</sup> “A assimetria regulatória distingue as atividades e as dota de uma maior ou menor dose de concorrência de acordo com as suas peculiaridades. É assim que, por exemplo, a telefonia fixa – serviço básico – sofre maiores restrições à livre concorrência do que a telefonia celular; que os serviços de lixo domiciliar podem eventualmente ficar sujeitos a uma maior concorrência, ao passo que as usinas do seu tratamento não. Trata-se de um ‘desmembramento’ da própria atividade, seja dentro da mesma fase da cadeia produtiva do setor, seja em fases diversas, instalando-se a concorrência ao menos em uma delas. Foi o que ocorreu nos serviços de energia elétrica” (ARAGÃO, 2005, pp. 22-23).

### Estrutura esquemática do setor elétrico



No caso citado, a concorrência potencial só se verifica na primeira e na última etapa da cadeia produtiva, pelo que a regulação pode exercer papel fundamental tanto para a promoção da concorrência quanto para a manutenção de monopólios. Registre-se que a monopolização dos setores intermediários da cadeia pode provocar, inclusive, sérios danos concorrenciais nas demais etapas, por meio, por exemplo, de uma integração vertical<sup>62</sup>.

A autoridade transversal, além de ter um panorama geral das políticas concorrenciais adotadas, pode corrigir determinadas distorções regulatórias tendentes à concentração econômica maléfica, imprimindo uma política concorrencial descomprometida com os interesses setoriais, embora levando sempre em conta as contingências específicas.

<sup>62</sup> “Já os *acordos verticais* disciplinam relações entre agentes econômicos que desenvolvem suas atividades em mercados relevantes diversos, muitas vezes complementares. Quando se fala em acordos verticais, em teoria da organização industrial e em antitruste, lida-se com uma imaginária linha vertical que nos conduz, através da extração de matéria-prima, das várias fases de produção e da comercialização, até o consumidor final do produto. Assim, à guisa de exemplo, um acordo celebrado entre uma empresa fabricante do produto e outra distribuidora é um típico acordo vertical” (FORGIONI, 2005, pp. 395-396).

### 4.1.3 *Inter-relacionamento de autoridades*

Já se abordou também em tópico anterior que o modelo ótimo de desenho institucional regulatório é aquele que privilegia a atuação coordenada e harmônica das diversas autoridades, não sendo eficiente o isolamento de uma em relação às demais. Assim, a recíproca interferência tende a fazer da regulação um instrumento democrático e eficiente de abertura e crescimento sustentado dos mercados, especialmente os regulados, que com o tempo se despem dos antigos monopólios<sup>63</sup>.

É por isso que se mostra positiva a interferência da autoridade transversal, sem bem que restrita ao seu campo material de atuação, nos mercados objeto de regulação por parte de autoridades setoriais. Como dito, essa interferência é específica no âmbito da defesa da concorrência, o que caracteriza seu aspecto especial, permanecendo reservada às autoridades setoriais a plena competência regulatória, especialmente a técnica e a econômica.

Ainda assim, é de se observar que, mesmo nessa atuação especial da autoridade transversal, a autoridade setorial exerce preponderante papel, seja também julgando casos específicos, à luz de sua legislação – embora deva levar em conta igualmente a Lei de Defesa da Concorrência –, seja no exercício de sua função quase legislativa. Ademais, mesmo no julgamento dos processos no

---

<sup>63</sup> Via de regra os mercados regulados são aqueles objeto de abertura à exploração econômica, eis que antes eram explorados em regime de monopólio público. Essa regra, contudo, não é absoluta, como ressaltado no

âmbito do CADE, as agências reguladoras atuam de maneira decisiva, fornecendo dados específicos do setor que podem alterar substancialmente o panorama concorrencial, inclusive no tocante à definição do mercado relevante.

Essa troca de experiências proporciona um recíproco enriquecimento institucional, fazendo com que nos casos seguintes tanto uma como outra autoridade considerem previamente a posição da outra, o que pode, e deve, resultar numa atuação cada vez mais cooperativa e harmônica. Se se relegasse na sua totalidade a regulação (técnica, econômica e concorrencial) unicamente à autoridade setorial, não haveria a possibilidade dessa mútua interferência, de maneira que, com o tempo e o gradativo isolamento, as políticas concorrenciais tenderiam a ser cada vez mais contraditórias nos diversos mercados, o que, certamente, em nada coopera para a estabilidade econômica como um todo.

#### *4.1.4 Aplicação, pelo CADE, da legislação da concorrência à luz da legislação reguladora e vice-versa*

A atuação coordenada e cooperativa das autoridades regulatórias não deve ser meramente formal ou institucional. Não basta cada uma cumprir os aspectos formais dos procedimentos instituídos se, no concreto exercício da regulação, o mérito das decisões não considerar a posição do ente cooperado. Disso se conclui que, para que se efetive concretamente a mútua cooperação, o mérito decisório deve ser, também, recíproco.

---

decorrer do trabalho, havendo mercados de interesse especial que podem ser objeto de regulação, mesmo que

A agência reguladora, por exemplo, ao formular uma norma genérica concorrencial (no exercício de sua função quase legislativa concorrencial), pode e deve fazê-lo à luz de sua legislação específica, mas também à luz da lei de defesa da concorrência, ponderando, além disso, os precedentes firmados em casos análogos, tanto no âmbito da agência quanto no âmbito do CADE. Por outro lado, o CADE, ao julgar um processo (seja de conduta ou de estrutura), não o deve fazer exclusivamente sob o pálio da lei de defesa da concorrência: pode e deve levar em conta o arcabouço regulatório que envolve o caso e a legislação específica do setor.

Quando se diz que a política concorrencial não pode se dar de maneira contraditória entre os diversos mercados regulados e até mesmo em relação aos mercados desregulados, não se quer dizer que as decisões devam ser idênticas em todos os casos. O direito da concorrência é, por excelência, casuístico. As contingências econômicas são muito variáveis, e os mercados estão em constante e ágil mutação, de maneira que cada caso comporta, em tese, uma apreciação particular. A experiência tem mostrado isso. Um monopólio nem sempre é prejudicial, como é o caso, por exemplo, dos monopólios naturais<sup>64</sup>. Uma fusão empresarial da qual decorra grande concentração econômica nem sempre será

---

não decorram da quebra de monopólios públicos.

<sup>64</sup> “Onde não seja possível a promoção da competição, o objetivo da regulação será impedir que dos oligopólios ou monopólios surjam abusos em função de sua ausência. Até mesmo em segmentos definidos pela economia como monopólios naturais se vislumbra, em normas regulatórias, a tendência à produção da competição. Tome-se, por exemplo, o segmento da energia elétrica, no qual se promoveu uma desverticalização, fragmentando em geração, transporte, distribuição e comercialização para promover uma competição na primeira etapa do sistema elétrico. No campo da infra-estrutura, exemplo típico de monopólio natural, cite-se, ainda, o princípio da interconexão obrigatória e o princípio do livre acesso aos dutos.

vetada, vez que poderá ser economicamente mais produtora sua tolerância monitorada, dada a eficiência que se poderá obter com a drástica redução de custos e, conseqüentemente, a redução de preços.

Assim, se até os mercados desregulados comportam sempre uma análise casuística, por que haveria de ser diferente com os mercados regulados, eis que assim o são inclusive por conta de sua especificidade? Dentre as contingências consideradas nas análises antitrustes como um todo, no caso dos mercados regulados, deve aí se inserir toda a experiência regulatória, que traz consigo todos os precedentes oriundos das agências, com inclusão de sua legislação e normatização.

Portanto, o desenho institucional ora proposto permite ao CADE, quando de seus julgamentos, aplicar, além da legislação concorrencial, a legislação reguladora; e às agências, ao exercerem seu mister, pôr em prática não apenas a legislação regulatória, mas também a legislação concorrencial, fazendo com que as múltiplas interpretações de tão variado arcabouço normativo tendam, com o tempo, a amadurecer conjunta, coordenada e cooperativamente.

#### 4.1.5 *Os riscos de captura*

A captura<sup>65</sup> é caracterizada pelo comprometimento da autoridade regulatória com os interesses das forças econômicas reguladas. É, por assim dizer, a retirada, ou captura, do poder decisório do âmbito do interesse público para a seara dos interesses particulares envolvidos. Tal fenômeno decorre especialmente do contato reiterado da autoridade pública com os entes regulados, de maneira que da contínua aproximação possa decorrer um desvio de atuação, descaracterizando o escopo regulatório.

Muitos fatores podem ocasionar a captura, acentuadamente presente no Brasil, dada a infeliz prática de corrupção que assola tanto o setor público como o privado. Nem sempre se verifica uma troca financeira específica, como a venda de um parecer ou de uma decisão. Muitas vezes, a captura é muito mais sensível. Como se sabe, a autoridade reguladora não é vitalícia, mas sujeita a mandato por tempo fixo. Ao fim do período no qual exerce a atividade regulatória, o profissional, geralmente muito qualificado, necessita voltar ao mercado de trabalho, que naturalmente será aquele objeto de sua regulação, dada a sua especialização.

Por essa razão, o exercício independente do mister público pode gerar inúmeros atritos entre a autoridade e os entes regulados, de maneira a dificultar, e muitas vezes inviabilizar, o reingresso desse profissional no mercado. O risco de tal desarmonia o aconselha a conduzir, na melhor das hipóteses, de maneira

complacente a regulação, construindo laços de amizade com os entes regulados, o que lhe facilitaria, e muito, uma boa colocação no mercado após o fim de seu mandato<sup>66</sup>.

Posto isso, não é difícil deduzir que, quanto mais especializada a autoridade, maior será o risco de sua captura, pois mais restrito será também o mercado onde, em tese, irá atuar após o seu mandato (um mercado, muitas vezes, dominado por uma ou duas empresas). Nesse sentido observam Marques, Almeida e Forte (2005, p. 22):

“Considerando que as autoridades da concorrência aplicam regras gerais a toda a atividade econômica, os riscos de sua captura são mais fracos. Ao contrário, os reguladores sectoriais são especializados, interagindo com apenas um sector, normalmente com poucos protagonistas. Deste modo, os riscos de sua captura pelas entidades reguladas são mais elevados”.

Daí se pode concluir que o CADE, em tese, está menos sujeito à captura do que as agências reguladoras, vez que exerce sua função especializada em todos os mercados, ao passo que as últimas exercem sua autoridade geral em mercados específicos, muitas vezes com número reduzido de *players*.

---

<sup>65</sup> Para um estudo mais aprofundado sobre a teoria da captura, cf. Stigler, 1971; Becker, 1983; e Peltzman, 1976, assim como o estudo comparativo sobre os três autores em Fiani, 1998.

<sup>66</sup> “Ressalta-se que a independência não deve existir apenas em relação aos demais agentes e Poderes do Estado, devendo também se impor frente aos geralmente poderosos interesses econômicos regidos pelas agências reguladoras. Neste sentido, deverão ser impostas normas e garantias para que os seus titulares não atuem no interesse de grupos para os quais tenham trabalhado ou para os quais pretendam, formal ou informalmente, trabalhar depois de deixarem a direção do órgão ou entidade reguladora” (ARAGÃO, 2002, p. 33).

Por outro lado, registre-se que o modelo ora proposto prestigia a atuação conjunta e coordenada de todas as autoridades envolvidas, de sorte a reduzir ainda mais o risco de captura, já que, quanto mais autoridades envolvidas, menor será o risco de captura, pois estará diluído o poder decisório. Em outras palavras, é mais fácil capturar apenas uma entidade que detenha a integralidade do poder decisório do que capturar duas ou mais que compartilhem o poder de decisão. Ademais, no caso de prevalência da decisão do CADE (no caso da regulação concorrencial quase judicial), muito embora se trate de apenas uma entidade, o ato decisório será tomado com indubitável participação da respectiva agência reguladora. Acrescente-se a isso o fato de que, por estar, em tese, mais afastada do setor específico, a autoridade transversal acha-se menos sujeita à captura, dada a ampla possibilidade de ingresso de seus conselheiros em inúmeros mercados após o final do mandato, e não apenas naquele objeto da decisão.

## CONCLUSÃO

As mudanças estruturais vividas pelo Brasil têm dado ensejo a inúmeros estudos acerca da nova estrutura do Estado que gradativamente vem se desenhando. Fenômeno de ressonância internacional, o quadro verificado no Brasil não discrepa do observado em âmbito mundial.

A experiência internacional, assim, assume destacada relevância na adoção das políticas nacionais, que, em grande parte, seguem o ritmo e os modelos adotados pelas grandes nações (assim como pelos demais países em desenvolvimento), especialmente aquelas que sempre exerceram influência no direito brasileiro: as da Europa ocidental e a norte-americana. Não se pode, contudo, simetricamente adotar o arcabouço normativo dessas nações, dada a flagrante discrepância social verificada entre realidades tão distintas.

Como ressaltado no decorrer do trabalho, a experiência histórica brasileira é absolutamente diversa da vivida pelos países tidos como modelo. O Brasil não passou pelas mesmas vicissitudes das nações ricas, e não pode agora, abruptamente, querer se inserir, sem qualquer ressalva, num mercado internacional competitivo sem observar essas diferenças capitais.

O Brasil ainda é um país com uma população muito pobre, acentuada concentração de renda e instituições ainda muito viciadas, decorrência da

reiterada apropriação do setor público para favorecimento de determinados interesses privados.

É por isso que a eficiência na gestão pública, principal objetivo do modelo estatal que aos poucos vem se construindo, deve ser aliada a políticas de cunho distributivo, de maneira a se compensar o imenso vácuo existente entre o paradigma ideal de mercado, que necessita de um considerável grupo de consumidores com poder de compra, e a realidade econômica da população brasileira.

Nesse contexto, a experiência estrangeira foi abordada apenas como um indicativo dos modelos possíveis, a serem adotados com a observância dos princípios da ordem econômica consagrados na Constituição da República: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

A regulação é talvez o principal marco desse novo modelo de Estado que vem sendo implementado no Brasil, e a nossa parca experiência nessa seara tem ocasionado inúmeros conflitos entre os organismos regulatórios e o CADE, autoridade de defesa da concorrência nacional e integrante do Sistema Brasileiro da Concorrência.

Diferentemente do que muito se discute, o CADE não está excluído desse novo modelo regulatório, ao contrário, ele nele se integra, mesmo sem se configurar formalmente como uma agência reguladora. De fato, materialmente, muitas instituições, mesmo sem estarem formalmente configuradas como agências reguladoras, de fato exercem tal papel, o que não pode ser ignorado, como é o caso, por exemplo, da CVM – Comissão de Valores Mobiliários, do Banco Central e do antigo DAC – Departamento de Aviação Civil, recentemente transformado formalmente em agência, a ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil. Assim, o CADE se insere no âmbito da regulação como mais uma agência, no caso, de defesa da concorrência.

Eis então o ensejo para fixar a primeira conclusão do trabalho:

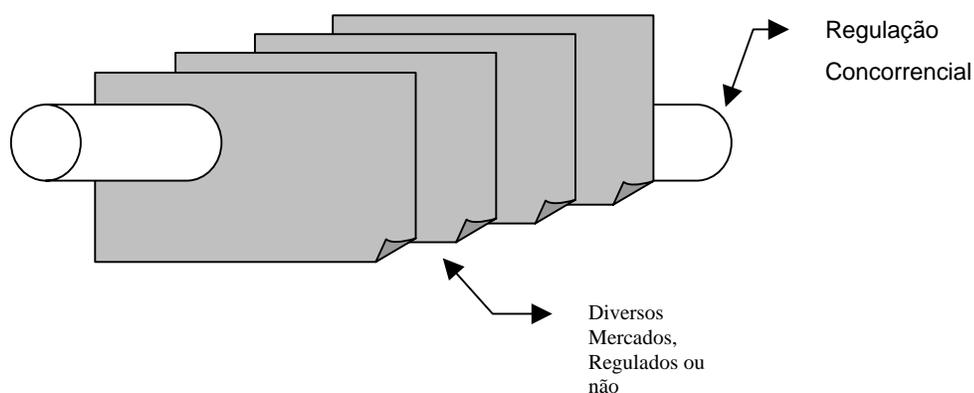
**1.ª Conclusão:** O CADE pode ser classificado como uma autoridade regulatória.

A partir dessa conclusão é que se passou a identificar a relação entre o CADE, integrante do sistema regulatório nacional, e as demais agências reguladoras. Disso decorreu a segunda conclusão do trabalho:

**2.ª Conclusão:** As agências reguladoras exercem o papel de autoridade setorial, eis que têm seu campo de atuação restrito a setores pré-definidos da economia, ao passo que o CADE é autoridade transversal, pois atua transversalmente em todos os setores da economia, inclusive os regulados.

Através da análise crítica das atribuições do CADE e das agências, inclusive levando em conta a experiência internacional e os precedentes tidos como paradigma, verificou-se, em discordância com o argumento comumente levantado, que o CADE não é autoridade regulatória geral, e sim especial, ou, mais precisamente, transversal, pois, apesar de atuar em todos os mercados, ele o faz num campo material e funcional bastante restrito. Já as agências, mesmo se caracterizando como autoridades setoriais, dentro do respectivo mercado regulado são autoridades gerais em relação ao CADE, do que decorreu a terceira conclusão do trabalho:

**3.ª Conclusão:** Em relação às agências reguladoras, o CADE não é autoridade de cunho geral, mas especial, ao passo que as primeiras, em relação ao CADE, dentro do respectivo mercado regulado, são autoridades gerais (apesar de setoriais), o que pode ser visualizado na seguinte ilustração:



Essa conclusão parece desautorizar o argumento de que as competências das agências reguladoras se sobrepõem às do CADE em razão da especialização, uma vez que o CADE não se configura como autoridade geral, mas especial, ou transversal, não exercendo nenhuma competência sobreposta em relação às agências. Em outras palavras, o CADE exerce atribuição específica em sua área de atuação, ao passo que as agências é que desempenham papel regulatório geral nos seus respectivos mercados.

Com base nesses dados é que se elaborou o modelo de desenho institucional proposto no presente trabalho, na forma do quadro inserido no Capítulo 4, de maneira a definir, coordenada e cooperativamente, o âmbito de atuação de cada autoridade, setorial e transversal, levando em conta dois critérios definidores: 1) a função, tendo em vista a natureza da regulação perpetrada (administrativa, quase legislativa e quase judicial); e 2) o escopo da atuação regulatória, que, segundo o estudo desenvolvido, pode se dar em três campos: regulação técnica, regulação econômica e regulação concorrencial.

Pede-se vênia para se transcrever novamente tal quadro:

#### **MODELO PROPOSTO DE DESENHO INSTITUCIONAL**

	Regulação Técnica	Regulação econômica	Regulação concorrencial
Função administrativa	AR	AR	CADE-AR*

Função quase legislativa	AR	AR	AR**
Função quase judicial	AR	AR	CADE/AR***

\* Simultaneidade no gênero, mas com exercício restrito ao cumprimento de seus próprios atos.

\*\* Atuação exclusiva da agência reguladora sujeita ao crivo do CADE.

\*\*\* Atuação simultânea (caso a lei também a confira à agência reguladora), prevalecendo, em caso de divergência, a decisão do CADE.

Não se pretende, contudo, que tal modelo seja único e qualitativamente superior. Em vez disso, quer-se contribuir com novas ponderações aos estudos que vêm sendo elaborados por tantos pesquisadores do Direito Econômico. No entanto, ao se propor tal modelo, ainda que como mera contribuição, o objetivo foi defendê-lo como aplicável aos problemas até então enfrentados, com base nos argumentos lançados no decorrer do trabalho, especialmente no final do Capítulo 4. De tal sorte que, em decorrência das considerações aduzidas, o projeto de desenho institucional sugerido, resultado deste estudo, pretende-se um modelo efetivamente aplicável e eficiente no que toca à solução dos conflitos de competência entre o CADE e as agências reguladoras.

## BIBLIOGRAFIA

ABADE, Denise Neves (2005). Competência Federal nos crimes contra a livre concorrência. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão de; DOBROWOLSKI, Samantha Chaltal; SOUZA, Zani Tobias de (coord.) (2005). **Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey.

ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, nº 8. Recife: UFPE, pp. 201-224, 1997.

\_\_\_\_\_. (2002). **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva.

AGUILLAR, Fernando Herren (2006). **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. Atlas: São Paulo.

ALEM, Ana Claudia; BARROS, José Roberto Mendonça de; GIAMBIAGI, Fabio (2002). Bases para uma política industrial moderna. In: **XIV Fórum Nacional, Estudos e Pesquisas nº 22**, INAE – Instituto Nacional de Altos Estudos, Rio de Janeiro, maio de 2002. Disponível em “[www.inae.org.br](http://www.inae.org.br)”, acesso em 10/09/2006.

ALEXANDER, Jeffrey. Qué es la teoria. In: **Las teorías sociológicas desde la segunda guerra mundial: análisis multidimensional**. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995.

ALEXY, Robert (2001). **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy.

ALFONSO, Luciano Parejo (1994). La potestad normativa de las llamadas administraciones independientes: apuntes para um estudio del fenómeno. In: MORENO, Alfonso Perez (1994). **Administración instrumental**. Civitas: Madrid.

ALMEIDA, Roberto Moreira de (2005). A constituição econômica nas cartas políticas anteriores ao advento da Constituição Federal de 1988. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão de; DOBROWOLSKI, Samantha Chaltal; SOUZA, Zani Tobias de (coord.) (2005). **Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do (2001). Agências reguladoras de serviços públicos. In: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 3, junho. Disponível em “[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)”, acesso em 04/06/2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de (2002). As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. In: Revista Diálogo Jurídico, nº 13 – abril/maio de 2002, Salvador. Disponível em “www.direitopublico.com.br”, acesso em 12/01/2006.

\_\_\_\_\_. (2005). Serviços públicos e concorrência. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, nº 1, fevereiro/março/abril de 2005. Disponível em “www.direitodoestado.com.br”, acesso em 02/02/2006.

BACELLAR, Luiz Ricardo Trindade (2003). Função jurisdicional das agências reguladoras. In: **Revista de Processo**, 111, ano 28, julho-setembro de 2003, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima (2001). **Constituições brasileiras**: 1946 (Coleção Constituições Brasileiras, v. 5), Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos.

BARROSO, Luís Roberto (2001). Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 6, setembro. Disponível em “www.direitopublico.com.br”, acesso em 04/04/2006.

\_\_\_\_\_. (2003). Introdução: aspectos constitucionais. Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar.

BASTOS, Celso Ribeiro (2000). **Direito econômico brasileiro**. São Paulo: Celso Bastos Editor.

BAUER, Martin W. (2003) Análise de Conteúdo Clássica: uma revisão. In: BAUER, Martin, W.; GASKELL, George (orgs.). **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som**: um manual prático. 2. ed. Petrópolis, RJ, Editora Vozes.

BECKER, Gary S. (1983). A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence. **Quarterly Journal of Economics** 98, pp. 371-400.

BOBBIO, Norberto (1995). **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone.

BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles (2001). Introdução à análise da Constituição de 1967: o esquema político da Constituição. In: BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar

(2001). **Constituições brasileiras**: 1967. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos.

BRITO, Luiz Navarro de (2001). O federalismo da Constituição de 1967. In: BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar (2001). **Constituições brasileiras**: 1967. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos.

CAMARGO, Maria Margarida Lacombe (2001). **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar.

CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa Mattos (orgs.) (2002). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad.

CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis (1996). **Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América**. Marcial Pons: Madrid.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra (1997). Reflexões sobre o papel do Estado frente à atividade econômica. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, pp. 67-75, 20/1997.

CHALMERS, Alan F. (1993) **O que é ciência afinal?**. Tradução de Raul Fiker. 1. ed. São Paulo: Brasiliense.

DANTAS, Ivo (1999). **Direito constitucional econômico**. Curitiba: Juruá.

DESCARTES, René (1996). **Discurso do método**. Tradução de Maria Ermantina Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes.

FAGUNDES, Jorge Luiz S. S. (2003). **Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência** – eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste. São Paulo: Singular.

FARENA, Duciran Van Marsen (2005). Serviços públicos, regulação e concorrência. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão de; DOBROWOLSKI, Samantha Chaltal; SOUZA, Zani Tobias de (coord.) (2005). **Lei antitruste**: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico. Belo Horizonte: Del Rey.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio (2003). **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas.

FIANI, Ronaldo (1998). **Teoria da regulação econômica**: estado atual e perspectivas futuras. Teoria política e instituições de defesa da concorrência. Editora da UFRJ. Disponível em

[http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/teoria\\_da\\_regulacao\\_economica.pdf](http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/teoria_da_regulacao_economica.pdf), acesso em 15/09/2006.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da (2004). **Direito econômico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense.

FORGIONI, Paula A. (2005). **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

GADAMER, Hans-Georg (2004). **Verdade e método**. Rio de Janeiro: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco.

GRAU, Eros Roberto (2004). **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros.

HOLANDA, Sérgio Buarque de (1995). **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras.

JUSTEN FILHO, Marçal (1997). **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética.

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W (orgs.) (2002). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Editora Calouste Gulbenkian.

LEFEVRE, Flávia Guimarães (2004). O processo de privatização das distribuidoras de energia elétrica e a reestruturação da política tarifária – O controle social. In: FIGUEIREDO, Marcelo (org.) (2004). **Direito e regulação no Brasil e nos EUA**. Malheiros: São Paulo.

LEON, Jose Maria Baño (1996). **Potestades administrativas y garantías de las empresas em el derecho español de la competencia**. Madrid.

MACHADO, Santiago Muñoz (1998). **Servicio público y mercado**. v. 1, Civitas: Madrid.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos (2005). **Concorrência e regulação**: a relação entre a autoridade da concorrência e as autoridades de regulação sectorial. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora.

MARTÍNEZ, Maria Salvador (2002). **Autoridades independientes**: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, França e España. Ariel Derecho: Barcelona.

MATURANA, Humberto (2001). **Cognição, ciência e vida cotidiana**. 1ª reimpressão, organizada e traduzida por Cristina Magro e Victor Paredes. Belo Horizonte: Editora UFMG.

MERTON, Robert K. A ambivalência dos cientistas. Conferência pronunciada na Faculdade de Medicina da Universidade John Hopkins, em 25 de setembro de 1962. In: **A ambivalência sociológica e outros ensaios**. Tradução de Maria José Silveira, revista por Everardo P.G. Rocha e Edson de Nunes. Rio de Janeiro, Zahar, 1979, pp. 52-81. Publicado pela primeira vez no Bulletin of The John Hopkins Hospital, n.112, de fevereiro de 1963, pp.77-79.

MOREIRA, Egon Bockmann (2005). O direito administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na Ordem Econômica. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, nº 1, fevereiro/março/abril de 2005. Disponível na Internet em <http://www.direitodoestado.com.br>, acesso em 12/04/2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (2003). **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar.

MORRENTE, Manuel Garcia (1964). **Fundamentos de filosofia**: lições preliminares. São Paulo: Editora Mestre Jou.

NAVES, Rubens (2004). Agências reguladoras: origens e perspectivas. In: FIGUEIREDO, Marcelo (org.) (2004). **Direito e regulação no Brasil e nos EUA**. Malheiros: São Paulo.

NEVES, Marcelo (2005). A força simbólica dos direitos humanos. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, nº 4 – outubro/novembro/dezembro de 2005. Disponível na Internet em <http://www.direitodoestado.com.br>, acesso em 12/03/2006.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (2000). A regulação e o direito da concorrência: agências reguladoras e concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) (2000). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros.

OLIVEIRA, Gesner (2003). Regulação pró-concorrencial e o novo ciclo de abertura comercial no Brasil. **Revista de Direito da Concorrência**. Brasília: IOB/CADE, ed. especial – (retrospectiva 2003), pp. 13-30.

\_\_\_\_\_; RODAS, João Grandino (2004). **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar.

OLIVEIRA, Luciano (2004). Não fale do Código de Hamurabi!: a pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: **Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Letra de Legal, pp. 137-167.

PELTZMAN, Sam (1976). Toward a More General Theory of Regulation. **Journal of Law and Economics**, 19, pp. 211- 40.

PERELMAN, Chaïm (1996). **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes.

PETTER, Lafayete Josué (2005). Ato jurisdicional positivo na ordem econômica. Uma normatividade à espera de efetividade. Análise de algumas conseqüências jurídicas previstas na Lei n.º 8.884/94. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão de; DOBROWOLSKI, Samantha Chaltal; SOUZA, Zani Tobias de (coord.) (2005). **Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey.

POLETTI, Ronaldo (2001). **Constituições brasileiras: 1934**. Brasília, Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos.

POPPER, Karl (1978). **Lógica das ciências sociais**. Rio de Janeiro: Editora Universidade de Brasília.

POSSAS, Mario Luiz; PONDÉ, João Luiz; FAGUNDES, Jorge (1997). **Regulação da concorrência nos setores de infra-estrutura no Brasil**: elementos introdutórios para um quadro conceitual. Relatório de Pesquisa/IPEA, disponível na internet em “<http://www.ie.ufrj.br/grc/publicacoes.php>”, acesso em 16/09/2006.

RAMOS, André de Carvalho (2005). O direito da concorrência e o privilégio contra a auto-incriminação: a experiência da União Européia e do Brasil. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão de; DOBROWOLSKI, Samantha Chaltal; SOUZA, Zani Tobias de (coord.) (2005). **Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey.

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

\_\_\_\_\_. (2002). **Regulação e concorrência: estudos e pareceres**. São Paulo: Malheiros.

\_\_\_\_\_. (2003). **Direito concorrencial – as condutas**. São Paulo: Malheiros.

SCHUMPETER, J. A. (1984). **Capitalismo, socialismo e democracia**. São Paulo: Zahar.

\_\_\_\_\_. (1988). **Teoria do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Abril Cultural.

SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da (2005). Direito da concorrência e regulação dos serviços públicos. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, nº 1, fevereiro/março/abril de 2005. Disponível na Internet em <http://www.direitodoestado.com.br>, acesso em 19/04/2006.

SOUTO, Marcos Jurema Villela (2002). **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

\_\_\_\_\_. (2002a). Função regulatória. Palestra proferida no Curso de Direito e Negócios do Petróleo promovido pelo Instituto Brasileiro do Petróleo e do Gás, sintetizando parte das conclusões da tese apresentada no Doutorado em Direito Econômico e Sociedade, da Universidade Gama Filho, sob orientação do professor Francisco Mauro Dias. In: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 11, fevereiro. Disponível em “[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)”, acesso em 15/04/2006.

SOUZA, Washington Peluso Albino de (2005). Achegas à Lei 8.884/94. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão de; DOBROWOLSKI, Samantha Chaltal; SOUZA, Zani Tobias de (coord.) (2005). **Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey.

STIGLER, George J. (1971). The Theory of Economic Regulation. **Bell Journal of Economics and Management Science** 2, Spring, pp. 3-21. Reimpresso em Stigler, George J. (ed.) (1988): **Chicago Studies in Political Economy**. Chicago, The University of Chicago Press.

STRAUSS, Peter L. (2004). Órgãos do sistema federal americano – sua responsabilidade e seu posicionamento. In: FIGUEIREDO, Marcelo (org.) (2004). **Direito e regulação no Brasil e nos EUA**. Malheiros: São Paulo.

STRAUSS, Peter L. (2004a). Controles políticos e legais sobre a ação dos órgãos administrativos segundo o sistema americano de separação dos poderes. In: FIGUEIREDO, Marcelo (org.) (2004). **Direito e regulação no Brasil e nos EUA**. Malheiros: São Paulo.

SUNDFELD, Carlos Ari (2000). Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros.

\_\_\_\_\_. (2001). A administração pública na era do direito global. **Revista diálogo jurídico**, Salvador, ano I, vol. I – nº 2, maio de 2001. Disponível na Internet em <http://www.direitopublico.com.br>, acesso em 12/03/2005.

VIEHWEG, Theodor (1979). **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Ministério da Justiça, UnB, Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo.

XAVIER, Helena de Araújo Lopes (2003). **O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações**. Rio de Janeiro: Forense.