

## ***Regulação e Defesa da Concorrência: interação, conflitos e critérios de solução***

*Maria Tereza Leopardi Mello*

Instituto de Economia/UFRJ  
[leopardi@ie.ufrj.br](mailto:leopardi@ie.ufrj.br)

**Resumo:** O artigo discute as questões institucionais presentes na interação entre regulação e defesa da concorrência, focando as relações entre sistemas jurídicos e agências governamentais e os problemas decorrentes da aplicação da lei antitruste a setores regulados. Identificam-se as possibilidades de conflitos entre leis e decisões das autoridades e apontam-se possíveis critérios de solução.

### ***Introdução***

Este artigo tem por objetivo identificar as questões institucionais presentes na interação entre regulação e defesa da concorrência; mais especificamente, pretendemos discutir as relações entre sistemas jurídicos e agências/orgãos governamentais decorrentes da eventual aplicação da lei antitruste em setores regulados, buscando qualificar as circunstâncias em que essa lei pode (e/ou deve) ser aplicada a agentes cujas condutas estão sujeitas ao controle de um órgão regulador.

Embora a existência de regulação substitua, em algum grau, a concorrência no mercado regulado, as situações mais frequentes colocam-se num ponto intermediário, de regulação parcial, em que a agência reguladora controla algumas decisões dos agentes privados, deixando espaços - ou mesmo segmentos inteiros do setor - livres para o funcionamento dos mecanismos de mercado. Nessas circunstâncias, não se pode descartar a necessidade de controle antitruste, ao mesmo tempo em que se fazem necessários certos arranjos institucionais que possam prover regras para a adequada interação entre os dois sistemas jurídicos e para a relação entre as diferentes entidades

governamentais, bem como critérios estabelecidos *ex ante* para a solução de impasses e contradições.

No plano jurídico-institucional, a convivência entre normas específicas setoriais, aplicadas por uma agência reguladora, e normas gerais de defesa da concorrência enseja um potencial conflitivo que pode ser visto por dois ângulos: a) por um lado, em decorrência da natural diversidade de objetivos visados por uma e outra legislação, podem-se verificar eventuais contradições entre *normas* dos dois sistemas jurídicos, ambos incidentes sobre o comportamento empresarial; b) por outro, o fato de serem aplicados por autoridades distintas, sem relação institucional nem hierárquica entre si e que perseguem objetivos diversos, dá margem a eventuais conflitos entre *decisões* das agências governamentais. Enfim, há não apenas problemas de coerência entre sistemas normativos, mas também possibilidades de soluções diferentes, aplicadas pelos órgãos da administração pública envolvidos, a uma mesma situação.

Para tratar do assunto, o artigo está estruturado da seguinte forma: a primeira seção apresenta brevemente, a título de esclarecimento, o que se entende por *regulação* do ponto de vista econômico e sua “tradução” para o jurídico. Na seção 2, discute-se como e porque a existência de regulação coloca questões à aplicação da lei de defesa da concorrência ao setor regulado. As possibilidades de conflitos – entre leis e decisões das agências – são identificadas na seção 3, onde também se discutem os critérios de solução possíveis; utilizaremos algumas referências aos critérios consolidados na jurisprudência americana para tratar esse tipo de problema, alguns dos quais podem servir de base para uma formulação de normas gerais compatíveis com o sistema brasileiro. Ao final, apresentam-se algumas curtas considerações sobre o quadro institucional de alguns setores regulados no Brasil, apontando as principais dificuldades a serem enfrentadas para o tratamento integrado de regulação e defesa da concorrência.

## **1. Regulação**

Regulação é termo originado na literatura econômica para se referir a qualquer tipo de intervenção do Estado no mercado, com objetivo de induzir os agentes econômicos a um comportamento gerador de eficiências, pelo qual o Poder Público substitui, em modos e graus variados, a decisão privada que seria condicionada

apenas pelas “forças de mercado”, “*limitando os graus de liberdade que os agentes econômicos possuem no seu processo de tomada de decisões*” (Fiani, 1998).

Do ponto de vista econômico, fala-se em *regulação* independentemente da forma jurídica ou do instrumento normativo utilizado para intervir. O essencial da definição é que esse tipo de ação do Estado implica a imposição de regras *diretas* para a conduta dos agentes econômicos (estabelecendo obrigações de fazer ou não fazer) de modo a adequá-la ao interesse público. Assim, Chang (1997) nota que *regulação* difere de outras formas de intervenção estatal na atividade econômica como (i) oferta de *bens públicos* mediante cobrança de taxas (tributos); (ii) oferta de bens (“*comerciais*”) por empresas estatais; (iii) formas indiretas de afetar/influenciar o comportamento dos agentes privados, mediante políticas de incentivos que usam instrumentos fiscais e creditícios, por exemplo.

Nesse sentido amplo, *regulação* abarca diversos tipos de ação estatal, inclusive a de defesa da concorrência. No entanto, o que nos interessa neste trabalho é a *regulação ativa*, pela qual se *substitui*, em algum grau, *a concorrência*, por meio de instrumentos de intervenção mais direta do Estado que obriga, proíbe ou permite certos comportamentos dos agentes. A substituição da concorrência pode ser *total*, quando praticamente todas as decisões relevantes – preços, quantidades, condições de entrada – são estabelecidas pelo poder público (caso da regulação de monopólios naturais); ou *parcial*, quando coexistem, num setor regulado, segmentos concorrenciais e segmentos monopolistas, ou quando se regulam apenas alguns aspectos do comportamento dos agentes, deixando espaços livres para a concorrência (para o funcionamento do mercado).

Do ponto de vista jurídico, as atividades reguladas compreendem aquelas consideradas *serviços públicos* e também as que são objeto do *exercício do poder de polícia* da Administração Pública, que estabelece limites e condições à liberdade empresarial por razões de interesse público.

Assim, são *regulados* tanto os *serviços públicos* sob concessão, não só aqueles sob autoridade de uma agência reguladora – como energia elétrica e telecomunicações -, mas também todos os serviços de competência seja da União, seja de Estados ou Municípios; quanto também qualquer atividade que se submeta ao exercício do poder de polícia da Administração (tais como setor financeiro que se submete à autoridade do Banco Central, estabelecimentos de ensino, empresas de planos de saúde, a indústria farmacêutica que se submete às normas de controle sanitário e às vezes a

controles de preços etc.).

## **2. Regulação e Defesa da Concorrência**

A existência de regulação - e de uma autoridade pública encarregada de normatizar e supervisionar um setor - supõe que se imponham, como maior ou menor intensidade, obrigações aos agentes econômicos, o que implica que suas decisões não são inteiramente livres e que, em algum grau, o setor não está totalmente sujeito às “*forças de mercado*”. Assim, se o próprio poder público controla as condutas dos agentes, seria necessário preocupar-se com a defesa da concorrência nas atividades reguladas e sujeitá-las adicionalmente à aplicação da lei antitruste?

Habitualmente, regulação é considerada, num *continuum*, como o oposto do controle antitruste; colocam-se como alternativas e até mesmo excludentes, *i.e.*, meios alternativos para alcançar certas finalidades. Apesar de tais finalidades serem, em última análise, as mesmas – eficiência – , são buscadas de formas diferentes: a regulação pelo controle direto (de preços, quantidades, condições de entrada e saída etc.), enquanto a política antitruste atua indiretamente, pela promoção e preservação de um processo – “natural” - que tende a alcançar aquela finalidade (Sullivan & Harrison, 1998:73).

No caso extremo de regulação *total*, em que o Estado controla e determina todas as decisões sobre as variáveis econômicas fundamentais, substituindo totalmente a concorrência, seria mesmo um contrasenso falar em aplicação da lei antitruste, visto que esta supõe a existência de pelo menos algum grau de liberdade de iniciativa para que o poder econômico possa ser exercido (já que se trata de uma política de repressão ao abuso de poder econômico).

Entretanto, não se deve concluir apressadamente que a regulação em si afaste toda e qualquer preocupação com a defesa da concorrência, ou mesmo a aplicação da lei antitruste: desde logo, pela frequência de situações de regulação *parcial*, em que uma agência reguladora (ou qualquer outra autoridade, como o poder concedente, por exemplo) controla algumas decisões dos agentes privados, deixando espaços – ou mesmo segmentos inteiros de um setor – livre para o funcionamento do mercado. Havendo graus de liberdade para os agentes formularem suas estratégias e exercerem poder de mercado, haverá potencial de condutas danosas para a competição no mercado regulado.

Portanto, se a existência de regulação não afasta, por princípio, preocupações concorrenciais, do ponto de vista normativo não há por que se falar em isenção das normas de defesa da concorrência pois a possibilidade de abuso do poder econômico deve ser controlada em todo e qualquer espaço em que esse poder possa ser exercido.

No sistema jurídico brasileiro, o imperativo de se *defender a concorrência* decorre não apenas da norma constitucional que determina a repressão ao “... *abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros*” (CF, art. 173, § 4º), mas também do princípio constitucional da livre concorrência (CF, art. 170, IV), que impõe uma diretriz geral a orientar todas as ações dos poderes públicos. O princípio vincula, assim, tanto a decisão legislativa quanto as decisões do Executivo, em todas as esferas de governo. Em outras palavras, uma *política de defesa da concorrência* não se resume apenas à lei antitruste e ao arcabouço institucional voltado para sua aplicação, mas a todas as ações do Estado que, direta ou indiretamente, possam afetar as condições concorrenciais.

Com essa orientação colaboram tanto a Lei 8.884/94 quanto a Lei 8.987/95 (que rege as concessões de serviços públicos); a primeira, ao estabelecer sua aplicabilidade inclusive aos agentes que exerçam atividade sob regime de monopólio legal (art. 15); a segunda, ao estabelecer, *e.g.*, a regra geral de não exclusividade para as atividades concedidas, salvo razões de natureza técnico-econômica, devidamente justificadas (art.16). No mesmo sentido, as diversas leis que regulam setores específicos – tais como o de energia elétrica, telecomunicações, petróleo, planos de saúde etc. – tampouco excluíram o controle antitruste sobre as atividades reguladas (antes o contrário).

Portanto, inexistindo disposição expressa de lei que torne determinada atividade *isenta* da aplicação das normas de defesa da concorrência, estas podem e devem, em princípio, ser aplicadas.

A conclusão acima, contudo, não esgota a questão, pois as normas provenientes da regulação podem impor restrições ao processo concorrencial – e freqüentemente o fazem. Regular condições de entrada, *e.g.*, pode significar a imposição de dificuldades a novos entrantes; regular preços pode inviabilizar a concorrência em preços entre os agentes regulados, e assim por diante. Justificam-se tais restrições do ponto de vista econômico e jurídico?

Ademais, embora possam e devam ser compatibilizados, regulação e defesa da

concorrência derivam de leis aplicadas por autoridades distintas sem relação hierárquica entre si (nem institucional). A própria *regulação* se refere a distintos sistemas legais de competência de diversos agentes do poder público, de diferentes esferas de governo.

Dizer que a observância do princípio constitucional da livre concorrência é devida por todas as autoridades do Poder Público não significa, porém, que a Lei 8.884/94 se sobreponha às leis setoriais (que são de mesma hierarquia) nem que a Autoridade Antitruste tenha poderes superiores às demais autoridades que tomam decisões capazes de afetar a concorrência.

Assim, podemos identificar três principais questões a serem discutidas:

- (i) numa atividade regulada, existem possibilidades de práticas anticompetitivas para cuja solução a atuação do regulador pode ser mais eficaz do que a das autoridades antitruste (usando seus poderes normativo, fiscalizatório e disciplinar, o regulador pode prevenir e/ou prover soluções mais rápidas para eventuais restrições concorrenciais). Isso, entretanto, significaria invadir a competência das Autoridades Antitruste? O regulador precisaria ter autorização legal expressa para promover tais medidas?
- (ii) o regulador pode estabelecer medidas normativas que, de uma ou outra forma, afetem negativamente as condições de concorrência nos mercados regulados. Por exemplo, regras de acesso aos mercados que dificultem a concorrência entre os agentes ou que privilegiem certos tipos de agentes em detrimento de outros etc. Tais medidas são passíveis de questionamento pelas normas de defesa da concorrência?
- (iii) o regulador pode impor aos regulados certas condutas que, pela lei antitruste, seriam qualificadas de anticoncorrenciais. Essas condutas se subtraem da avaliação pelas autoridades antitruste e estarão imunes às sanções legais do sistema de defesa da concorrência? em que medida e em que circunstâncias isso seria aceitável (substantivamente) e juridicamente viável?

A primeira questão aponta para a possibilidade de o regulador assumir um papel ativo na defesa da concorrência, a fim de consolidar um ambiente regulatório mais propício à competição. Nesse sentido, medidas que facilitem a entrada de novos agentes, que garantam o *livre acesso* a instalações essenciais, que obriguem o compartilhamento de infra-estrutura, que impeçam a concentração excessiva entre agentes etc. revelam a incorporação de preocupações concorrenciais nas decisões regulatórias, o que não apenas evita conflitos de competência entre autoridades, mas

também serve para estimular a concorrência, sempre que possível, nas atividades reguladas. Isso pode ser particularmente relevante em setores de infra-estrutura que passaram recentemente por reformas institucionais – geralmente de monopólios estatais para a concorrência, via privatizações – em que a transição para um ambiente competitivo encontra resistência das empresas já estabelecidas.

A rigor, o exercício desse papel *preventivo* da autoridade reguladora poderia independe de autorização legal expressa, visto que estaria agindo em consonância com um princípio constitucional de observância obrigatória independentemente de previsão em lei específica. Contudo, duas ressalvas devem ser feitas: algumas regras podem implicar restrição à liberdade dos agentes regulados (a obrigação de permitir o livre acesso, *e.g.*) o que requer fundamento legal. Em segundo lugar, a adoção de medidas de natureza preventiva pela agência reguladora não afasta a competência da autoridade antitruste para apreciar condutas ou atos de concentração, salvo disposição expressa de lei que a atribua à agência reguladora.

As duas outras questões devem ser enfrentadas pelo estabelecimento de critérios para se julgar admissível a agência reguladora tomar decisões que possam afetar negativamente a concorrência. É o que examinaremos a seguir.

### ***3. Conflitos e critérios de solução***

Tentaremos a seguir identificar as hipóteses de contradição entre decisões da Autoridade Antitruste (AA) e daquela encarregada de aplicar a legislação setorial, que chamaremos, genericamente, de Autoridade Reguladora (AR), seja ou não constituída sob a forma de *Agência*.

Apresentam-se, primeiramente, as combinações possíveis de decisões de AA's e AR's como situações estilizadas, analisando-se o grau do potencial conflitivo de cada uma e a solução possível por um critério tradicionalmente aceito em nosso sistema jurídico – o da *especialidade*, pelo qual a norma mais específica deve prevalecer sobre a mais geral (no caso, a norma específica é a setorial, sendo a norma antitruste a mais geral). Em sequência, analisam-se os critérios utilizados pela jurisprudência americana no tratamento desse tipo de conflito.

#### ***3.1. As hipóteses de conflito e o critério da especialidade***

Numa versão estilizada das decisões possíveis das duas autoridades

envolvidas, podemos identificar *proibições*, *permissões* e *obrigações* que podem ser impostas aos agentes destinatários. O Quadro a seguir apresenta as possíveis combinações de decisões diferentes:

*QUADRO 1*

	AA	AR	grau de conflito
<b>1</b>	proíbe	permite	+
<b>2</b>	proíbe	obriga	+ +
<b>3</b>	permite	proíbe	-
<b>4</b>	permite	obriga	-
<b>5</b>	obriga	permite	-
<b>6</b>	obriga	proíbe	+

AA – Autoridades Antitruste

AR – Autoridade Reguladora

(+) baixo potencial de conflito

(++) alto potencial de conflito

(-) ausência de potencial de conflito

Analisando-as, podemos constatar que:

- as hipóteses [3] e [4] são indiferentes do ponto de vista antitruste; comportamentos que não constituem infração à ordem econômica podem ser proibidos ou obrigatórios pela regulação, denotando um natural exercício das diferentes funções de ambas as autoridades;
- as hipóteses [5] e [6] são pouco prováveis, visto que a ação antitruste se caracteriza pela imposição de limites negativos. De qualquer modo, pode-se pensar, por exemplo, num compromisso de desempenho pelo qual a AA imponha uma obrigação ao agente, caso em que a hipótese [6] apresenta-se como conflitiva. Note-se, contudo, que com um mínimo de articulação institucional entre agências setoriais e autoridades antitruste, em que aquelas sejam ouvidas nos processos e forneçam informações, tal situação dificilmente se concretizaria. De qualquer modo, admitindo-o meramente como hipótese, tal conflito deve ser resolvido pelo critério da especialidade: a norma específica setorial (no caso, a proibição da AR) deve prevalecer;
- a hipótese [1] apresenta-se como contraditória e pode comportar duas situações: [1.a] se a *permissão* da AR for simplesmente uma conduta não regulada (*i.e.*, permitida porque não proibida) mas que constitua infração à ordem econômica, deve prevalecer a proibição das AA (lembrando-se, todavia, que tal situação pode ser evitada pela ação preventiva da AR, como discutido anteriormente); [1.b] se



considerarmos, entretanto, que a *permissão* da AR é *expressa*, a situação pode comportar outra solução, aplicando-se o critério da especialidade, entendendo-se que, dentro da proibição geral estabelecida a partir da norma antitruste (aqui considerada a norma mais geral), abre-se exceção para um comportamento de agente de um setor (aplicando-se a norma setorial mais específica). Tal solução supõe haver apenas uma contraditoriedade parcial entre as normas; mas não é desejável se se pensa no objetivo de garantir a concorrência entre os agentes;

- a hipótese [2], finalmente, é aquela de maior potencial conflitivo; apresenta-se como a combinação de proposições contrárias que colocam o agente destinatário num dilema - se obedecer a uma das ordens, estará necessariamente desobedecendo à outra (em termos jurídicos, trata-se de uma *antinomia*). Teríamos aqui uma obrigação, pela AR, de um comportamento considerado infração à ordem econômica. Pelo critério da especialidade, deve prevalecer a decisão da AR.

### 3.2. A experiência americana

As hipóteses [1] e [2] acima descritas envolvem, na verdade, uma possível contradição de diferentes tipos de interesses - ambos igualmente públicos, mas de conseqüências distintas. O critério da especialidade permite a escolha de um deles, a prevalecer sobre a defesa da concorrência. Essa, entretanto, é uma “solução” meramente formal. É preciso ir além e questionar as motivações pelas quais seria admissível que uma agência reguladora tome decisões que possam afetar negativamente a concorrência.

Para isso podemos enriquecer a análise utilizando algumas considerações elaboradas pela jurisprudência americana por ocasião da análise de casos envolvendo a questão da chamada *imunidade implícita*: até que ponto uma decisão de um órgão de fiscalização e controle, aprovando determinada conduta, seria apta a torná-la imune à aplicação da lei antitruste? pode a agência, ao regular determinada atividade, desrespeitar os dispositivos da lei antitruste?

As imunidades, nos EUA, podem consistir em diferentes tipos de limitações à aplicabilidade da lei antitruste, que podem ser *explícitas* ou *implícitas*, *absolutas* ou *qualificadas* (Sullivan & Harrison, 1998:76). As *explícitas* são aquelas previstas por disposição legal específica que permite expressamente determinados tipos de condutas que, em tese, violariam a lei antitruste. Nos EUA, por exemplo, esse tipo de isenção é dado a certos atos de sindicatos e cooperativas. Também há casos em que os

órgãos reguladores que são expressamente autorizados por lei a conceder imunidade antitruste às firmas sob suas jurisdições (Areeda *et al.*, 1997:106). Além disso, as imunidades podem ser absolutas ou qualificadas; quando são qualificadas, a indústria pode ser objeto de ambos os tipos de controle.

As imunidades implícitas são definidas pelo Judiciário por meio de interpretação legal que procura identificar em que hipóteses *o controle antitruste é substituído pela regulação*. Salomão F<sup>o</sup> (1998) sistematiza as tendências da jurisprudência americana sobre o tema, classificando-as em duas grandes correntes: a *State Action Doctrine* e a *Pervasive Power Doctrine*.

A *State Action Doctrine* foi desenvolvida a propósito de conflitos entre regulamentação setorial (que, no caso, era de âmbito estadual) e a aplicação da lei antitruste (federal), visando a determinar se a existência dessa regulamentação isentava os regulados do controle pela *Federal Trade Commission* (FTC). Desenvolveram-se dois critérios para determinar se há ou não isenção: **a)** para admiti-la não basta que a lei conceda poderes a determinada agência para determinar variáveis econômicas básicas (como preços e quantidades produzidas), mas é também necessário que as decisões e regulamentos sejam adotados “*em consequência de uma política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação*”; **b)** também é necessário que as agências supervisionem ativamente e constantemente o cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação (Salomão F<sup>o</sup>, 1998:202).

Sullivan & Harrison discutem essa hipótese, observando que os Estados não podem simplesmente autorizar uma ação que viole a lei antitruste. A ação de um Estado precisa servir a um fim de política pública de modo a *qualificar* a imunidade à lei antitruste. Neste caso, a regulação é imune (e também a conduta que ela autoriza), independentemente de seus eventuais efeitos anticompetitivos. Mas para isso é necessário que o Estado efetivamente obrigue a conduta e a supervisione. A jurisprudência discute, então, o grau de imposição/autorização explícita e de supervisão que seriam suficientes para permitir a imunidade, concluindo que uma mera aprovação passiva (uma permissão) não é suficiente – *i.e.* a neutralidade ou tolerância do regulador em relação à conduta não a imuniza das consequências da lei antitruste (Sullivan & Harrison, 1998:90 e ss).

Por outro lado, há casos em que a regulação é tão ampla (*pervasive*) que acaba afastando o controle antitruste. É a amplitude (*pervasiveness*) da regulação que vai

definir se o controle antitruste é ou não cabível: quanto maior, maior a probabilidade de o controle antitruste ser substituído, pois se pode inferir que a indústria deva ser supervisionada apenas pelo regulador, e não pelas autoridades antitruste. Estas são, portanto, substituídas pelo regulador inclusive na eventual necessidade de controlar as condições de concorrência no mercado regulado (Sullivan & Harrison, 1998; Areeda *et al.*, 1997).

Segundo a *Pervasive Power Doctrine*, a atribuição das competências regulamentares às agências reguladoras setoriais afasta a possibilidade de aplicação do direito antitruste em duas hipóteses, desde que o poder conferido à agência seja amplo (*pervasive*) o suficiente, para afastar a competência de qualquer outra autoridade. Tal amplitude pode se verificar ou porque o poder é extenso ou porque é profundo:

a) o poder da agência reguladora é **extenso**, conferido com intuito de substituir o sistema concorrencial, de forma expressa ou presumida. Pode-se presumi-la se a determinação das variáveis econômicas fundamentais (quantidades e preços) for posta a cargo do órgão regulamentar, caracterizando-se uma situação na qual “...há atribuição ao órgão de poder para controlar decisões empresariais fundamentais normalmente controladas exclusivamente pelas forças de mercado”. Salomão Fº (1998:210) ;

b) o poder é **profundo** , *i. e.*, já inclui a competência para aplicar a lei antitruste, devendo-se levar em conta as regras antitruste quando da regulamentação ou decisões da agência. Para caracterizar a profundidade requerem-se, adicionalmente, dois requisitos: que a atuação efetiva da agência tenha efetivamente levado em consideração os efeitos de seus atos e decisões sobre a concorrência no mercado regulado; e que o órgão regulador seja dotado de capacidade técnica e conhecimento do mercado superiores aos das autoridades antitruste (que aquele mercado em particular demande conhecimentos especiais que se podem presumir encontráveis no órgão regulador setorial e insuficientes na agência antitruste) (Salomão Fº, 1998:204/210/211).

Podemos verificar que os critérios da *State Action Doctrine* são bastante semelhantes àqueles da *extensão*. Ambos supõe uma situação na qual a regulação substitui a concorrência porque a agência reguladora determina as decisões fundamentais dos agentes - quantidades e preços - que, em outras circunstâncias,

seriam determinadas pelas *forças de mercado*. Note-se também que, em ambas, a imunidade é suposta porque não há graus de liberdade para a tomada de decisões por parte dos agentes destinatários, sujeitos às ordens do regulador. Podemos tirar duas conclusões da aplicação desse critério:

A primeira, e mais óbvia, é de que às condutas reguladas não se aplica o controle antitruste; assim, se o regulador obriga ou permite expressamente um certo comportamento, este não poderá ser condenado pelas autoridades antitruste, ainda que constitua uma infração à concorrência. Em outras palavras, equivale a dizer que, em situações como as descritas nas hipóteses [1.b] e [2] do Quadro analisado na seção anterior, prevalece a decisão da agência setorial, chegando-se, portanto, a um resultado semelhante ao obtido pela aplicação do critério da especialidade.

Uma segunda conclusão é a de que, contrariamente, se há ações possíveis dos agentes (não reguladas) ou falhas na supervisão, não há que se falar em imunidade antitruste. Assim, admitindo-se que, mesmo sob regulação, possa sobrar uma margem de ações não reguladas na qual possa haver concorrência, deve se admitir também que aí possa haver condutas anticompetitivas, aplicando-se a elas a lei antitruste. Essa situação corresponde à hipótese [1.a] contemplada na seção anterior, e comporta a mesma solução lá apontada - ou seja, a da prevalência da proibição, com base na lei de concorrência.

No âmbito da *Pervasive Power Doctrine* temos ainda a hipótese da *profundidade* do poder. O interessante nessa hipótese, e que a distingue das anteriores, é que não há, propriamente, uma imunidade da aplicação das normas e princípios da defesa da concorrência, mas simplesmente uma atribuição à agência setorial para aplicá-los preventivamente, em substituição às autoridades antitruste. O que se cogita, aqui, seria uma espécie de aplicação setorializada do direito da concorrência, justificada com base no maior conhecimento técnico-especializado da agência reguladora.

### 3.3. Os critérios possíveis no sistema jurídico brasileiro

A análise da experiência americana, embora não possa ser simplesmente “transplantada” para o sistema brasileiro, enseja relevantes considerações mais substantivas a respeito dos critérios para promoção de uma verdadeira integração entre regulação e defesa da concorrência.

Conflitos entre decisões de autoridades antitruste e reguladores podem ocorrer

e são frequentes. O critério da *especialidade* - nas hipóteses em que obrigações ou permissões expressas da AR conflitem com a lei antitruste (ou com decisões da autoridade antitruste) – pode ser utilizado para solucioná-los, prevalecendo, assim, a decisão do regulador.

Porém, não se pode admitir que essa prevalência (em detrimento dos interesses sociais relacionados à concorrência) ocorra apenas porque o regulador AR desconhece os princípios da defesa da concorrência; é fundamental que tal escolha se dê mediante uma análise dos interesses envolvidos, a fim de decidir, fundamentadamente, qual deva prevalecer. A discussão dos parâmetros pelos quais se torna aceitável que medidas regulatórias possam ter impactos anticoncorrenciais deve ser considerada, portanto, sob aspectos tanto substantivos quanto formais/legais.

Deve-se considerar que embora a defesa da concorrência seja um interesse público, não é o único aspecto de interesse social que pode estar presente numa situação regulada (*e.g.*, questões relacionadas a direitos de consumidor; necessidade de garantir a universalização do acesso aos serviços públicos etc.) e nem (necessariamente) o mais importante, que seja hierarquicamente superior a outros aspectos de interesse social. Daí admitir-se a hipótese de que, em determinadas circunstâncias, interesses sociais de outra natureza possam requerer medidas (regulatórias) que conflitem com a defesa da concorrência; e que a autoridade reguladora tenha que optar por um deles.

Assim, o regulador não deve, em princípio, autorizar uma conduta anticompetitiva; mas poderá fazê-lo desde que circunstâncias especiais coloquem a necessidade de observar outros princípios e garantir outros objetivos socialmente relevantes que, à luz do sistema jurídico, mereçam maior proteção. Nessa hipótese, uma conduta poderá estar isenta das sanções da lei antitruste. Para isso é necessário observar três condições, implícitas na afirmação acima:

- a) a autorização de uma conduta (ou a adoção de uma medida regulatória) com efeitos anticoncorrenciais deve servir a um fim de política pública explícita. Não se pode autorizar o descumprimento da lei sem motivação de interesse social;
- b) a autorização deve ser clara e expressa. Mera ‘tolerância’ da autoridade reguladora em relação a certa prática não é suficiente para afastar a sua ilicitude perante a lei antitruste;
- c) a autoridade deve ter a obrigação de justificar e explicitar os motivos de sua opção, *i.e.*, de analisar as questões concorrenciais envolvidas e explicar por que escolheu

aquela decisão e não outra.

Esses parâmetros, formulados a partir da experiência americana, são perfeitamente compatíveis com nosso sistema jurídico e servem para justificar e qualificar, do ponto de vista substantivo e do interesse social, a adoção do critério da especialidade para solução de conflitos, ao mesmo tempo em que permitem uma integração real entre os objetivos da defesa da concorrência e da regulação.

### ***Considerações Finais***

O equacionamento da questão da aplicação das normas de defesa da concorrência a atividades reguladas no Brasil tem sido tratado de forma diferenciada entre diferentes áreas reguladas.

Do ponto de vista jurídico existe ampla base para afirmar que a concorrência pode (e deve) ser promovida e defendida em vários âmbitos de atuação do Estado, inclusive se sobrepondo a questões de regulação setorial, quando necessário. Por conseguinte, pode-se dizer que, em princípio, nenhuma autoridade tem o poder de simplesmente autorizar uma violação das normas de defesa da concorrência.

Ocorre, porém, que a incorporação dos princípios da concorrência pelas diversas autoridades com poderes regulatórios apresenta graus bastante variados. Em setores que passaram mais recentemente por mudanças institucionais significativas, com transferência de controle estatal à iniciativa privada, as próprias normas legais setoriais já prevêem a necessidade de controle das condições de concorrência (já que os objetivos das reformas, em alguns casos, era justamente o de introduzir a competição antes não existente, sob monopólios estatais). Em alguns casos, aos próprios órgãos reguladores são atribuídas competências no sentido de incentivar a concorrência e agir contra eventuais práticas restritivas dos agentes, configurando situações de *competências compartilhadas* entre as autoridades reguladora e antitruste. São exemplares os setores de Telecomunicações e de Energia Elétrica, regulados respectivamente pela ANATEL e ANEEL; além dessas, praticamente todas as “Agências” federais criadas nos últimos anos tentam compatibilizar suas decisões com os princípios da defesa da concorrência.

Por outro lado, há atividades também reguladas para as quais sequer existem normas claras a respeito da aplicação dos princípios da concorrência. Em alguns

serviços públicos de competência estadual ou municipal, por exemplo, a tradição brasileira sempre tendeu não só a desconsiderar preocupações concorrenciais (por exemplo, a concessão com exclusividade sempre foi a regra), como também a *proteger* os participantes do mercado contra eventuais possibilidades de competição. Em relação ao setor bancário, recentemente a Advocacia Geral da União emitiu um parecer no sentido de que não caberia ao CADE analisar as fusões de bancos, pois essa competência seria exclusiva do Banco Central. O parecer se baseia em argumentos absolutamente formalistas e não considerou a necessidade de que as concentrações no setor bancário devessem ser objeto de análise antitruste (ainda que fosse pelo próprio BACEN); como a análise do Banco Central leva em consideração outros parâmetros e está orientada para outras preocupações (garantir a confiabilidade e a estabilidade do sistema bancário), podemos identificar aí um verdadeiro “vácuo” de competência: nem o CADE poderia analisar as concentrações no setor, nem o BACEN analisa o caso do ponto de vista da defesa da concorrência.

Em qualquer caso, mesmo naqueles setores em que as preocupações concorrenciais foram explicitamente assimiladas, resta ainda sem uma solução clara as eventuais contradições entre normas setoriais e de defesa da concorrência; as possibilidades de conflito são inúmeras e já vêm ocorrendo. A resposta a essas questões - pode uma Agência tomar uma decisão com efeitos nocivos para a concorrência? – ainda depende do sentido do encaminhamento a ser dado aos casos concretos e, sobretudo, das decisões judiciais que os solucionem.

## **Bibliografia**

- Areeda, P. & Kaplow, L. (1997). *Antitrust Analysis: problems, text, cases*. New York, Aspen Law & Business, 5<sup>th</sup> ed..
- Chang, (1997). The Economics and Politics of Regulation. *In Cambridge Journal of Economics*, 21:703-728.
- Di Pietro, M.S. (1997). *Direito Administrativo*. São Paulo, Atlas.
- Di Pietro, M.S. (1999). *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo, Atlas.
- Fiani, R. (1998). *Teoria da Regulação Econômica: estado atual e perspectivas futuras*. Textos para Discussão n. 423, Instituto de Economia/UFRJ.
- Mello, M.T.L. (1999). Defesa da Concorrência no Setor Elétrico. *In Revista do IBRAC*, 6 (5):31-61.
- Possas, M.P., Pondé, J.L. & Fagundes, J. (2002). Defesa da Concorrência e Regulação de Setores de Infraestrutura em transição. *In Revista do IBRAC*, 8(8):99-122.
- Salomão Fº, C. (1998). *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo, Malheiros.
- Sullivan, E.T. & Harrison, J.L. (1998). *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*. New York, Matthew Bender, 3<sup>rd</sup> ed..
- Wald, A., Moraes L.R. & Wald, A. (1996). *O Direito de Parceria e a Nova Lei das Concessões*. São Paulo, Revista dos Tribunais.

Viscusi, W.K., Vernon, J.M. & Harrington Jr, J.E.. (1995). *Economics of Regulation and Antitrust*. MIT Press, 2<sup>nd</sup> Ed..