

# DOUTRINAS

Conduas anticoncorrenciais tuteladas por  
órgãos reguladores



# CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS TUTELADAS POR ÓRGÃOS REGULADORES

Mariana Almeida Kato

Participante do XXXI Programa de Intercâmbio do CADE realizado em janeiro/fevereiro de 2011.  
Graduanda do 4º ano da Faculdade de Direito da UFPR.  
E-mail: mariana.kato@yahoo.com.br

1. Introdução. 2. Regulação e Concorrência. 2.1. Espécies de Regulação. 2.2. Regulação Geral e Regulação Setorial. 3. Possíveis Combinações. 3.1 Complementaridade. 3.2. Imunidades. 4. Problemática: A autorização ou o mandamento do órgão regulador para a prática de um ilícito concorrencial isenta o particular de ser punido pela autoridade concorrencial? 4.1. Competência do CADE. 4.2. Segurança Jurídica. 5. Conclusões. 6. Referências

## RESUMO

O tema das diferenças e intercâmbios possíveis entre regulação e concorrência é objeto de inúmeras discussões. A prática do direito concorrencial, já naturalmente complexo, torna-se nestes casos ainda mais difícil, especialmente pela possibilidade de sobre o mesmo tema existirem diretivas e decisões contrárias dos órgãos reguladores e concorrenciais.

## ABSTRACT

The issue of possible differences and exchanges between regulation and competition is object of numerous discussions. The practice of the competition law, already complex by nature, becomes even harder in these cases, specially because of the possibility to exist on the same subject conflicting decions by the regulators and the competition agencies.

**Palavras-chave:** Regulação e concorrência; atuação órgãos reguladores; imunidades; competência CADE.

## **1. Introdução**

O direito concorrencial, já complexo por natureza, é ainda envolto por uma questão de fundo que torna sua prática ainda mais árdua: a convivência com modelos de intervenção estatal na economia que tem para si outros objetivos, que não somente a defesa da concorrência. O resultado são as inúmeras controvérsias a respeito da melhor forma de coordenação entre os órgãos reguladores setoriais e o órgão concorrencial. E a discussão adquire ainda mais relevância se considerada a importância que tais agentes públicos têm assumido no atual contexto econômico.

O presente trabalho busca, a partir destas discussões, verificar o arranjo adequado para atuação de cada regulador. Assim, encontra-se dividido em três partes. A primeira dedica-se à análise da regulação, suas diferentes manifestações ou vetores. Ao seu passo, a segunda verifica as duas possíveis combinações entre a regulação setorial e a concorrência identificadas pela doutrina: a complementaridade e a imunidade. Por fim, a terceira dedica-se à viabilidade do CADE analisar atos e condutas tuteladas por agentes reguladores e contrários à concorrência, sobre o aspecto não só da competência, mas da segurança jurídica que deve ser garantida aos particulares.

## **2. Regulação e Concorrência**

### **2.1. Espécies de Regulação**

Em uma acepção mais ampla, a regulação consiste na intervenção do Estado na economia, que pode se dar através dos mais diversos instrumentos. Por esse motivo, tanto a atuação do CADE, quanto a das agências reguladoras são consideradas formas de regulação estatal da economia.

A roupagem que a regulação adquire depende do grau de intensidade e extensão da intervenção, que por sua vez decorrem das características do mercado, do comportamento de seus agentes e dos interesses públicos colocados em jogo. Assim, será maior nos casos de atuação das agências reguladoras, como a ANEEL e a ANATEL, e menor nos casos de intervenções mais pontuais, como as do CADE que condicionam o exercício de determinada atividade econômica ao cumprimento de determinados requisitos legais.

Não se pode, porém, confundir o gênero com a espécie. Regulação é gênero – e aí se inserem todos os moldes: regulação geral (na qual se inserem o antitruste e a defesa do consumidor) e regulação setorial (na qual se inserem as políticas públicas de incentivos e subvenções e as agências reguladoras) que são espécies (MARQUES NETO, 2002, p. 72).

### **2.2. Regulação Geral e Regulação Setorial**

Ainda que a finalidade última desses dois modelos regulatórios seja a mesma – regulação econômica para suprir determinadas falhas de mercado, há diferenças substanciais que devem ser consideradas para análise da atuação de cada um dos órgãos. Conforme afirma Pedro Dutra:

*“Embora a defesa da livre concorrência e a regulação econômica persigam no ordenamento jurídico brasileiro a mesma finalidade primária – reprimir e prevenir o abuso do poder econômico nos mercados de bens e serviços – e assim sejam conceitos complementares no plano doutrinário e integrem um mesmo subsistema normativo (a disciplina legal da ordem econômica), elas não se confundem”. (DUTRA, 2003, p. 285).*

O regulador setorial visa implantar determinadas condições de mercado em um setor específico da economia para garantir condições de acesso, qualidade da prestação de serviços, reprimir abusos, etc. Ou seja, ele atua em substituição aos mecanismos naturais daquele mercado, criando um sistema de mercado artificial, que supre as falhas existentes neste setor. Conforme afirma Marie-Anne Frison-Roche trata-se de *“construir e de manter organizações econômicas não espontâneas e não perenes pela sua própria força.”* (FRISON-ROCHE, 2005, p. 201)

Para tanto, utiliza-se de normas setoriais que condicionam o comportamento dos agentes econômicos. A atuação é essencialmente *ex ante* – no estabelecimento de normas aplicáveis a todos os participantes daquele mercado -, e complementarmente *ex post* – na fiscalização e controle do cumprimento dessas normas.

Assim, a atuação do regulador setorial é sempre contínua, porque o funcionamento regular do mercado depende da instituição e preservação das condições de mercado por ele implantadas.

Por sua vez, o núcleo de atuação do regulador geral é bastante diverso. O objeto de tutela direto e imediato é a defesa da concorrência, através da repressão de comportamentos anticoncorrenciais e controle de atos de concentração que possam prejudicar a concorrência no mercado. O regulador geral visa não substituir os mecanismos naturais do mercado, mas corrigi-los, impedindo que se estabeleçam ou permaneçam condições irregulares. Neste sentido, Gesner Oliveira e Joao Grandino Rodas afirmam o seguinte:

*“A defesa da concorrência visaria assegurar a proteção dos mecanismos de mercado. Em contraste, a regulação tradicional teria como objetivo substituir esses mecanismos diante de falhas de mercado consideradas insuperáveis. A defesa da concorrência tem, portanto, caráter mais geral do que a regulação. Esta última deveria existir, em princípio, quando houvesse uma falha de mercado cujo custo fosse superior ao da intervenção governamental, ou da falha de Estado.” (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 137)*

A atuação do regulador geral é *ex post*, ou seja, é reacionária. Seja na análise de atos de concentração, seja na apuração de condutas anticoncorrencias, sua competência surge apenas em decorrência de determinado caso concreto. Não há, como na regulação setorial, publicação de normas disciplinando o comportamento de determinados agentes de um mercado específico. A intervenção é sempre pontual e direcionada aos agentes envolvidos no caso em análise.

Neste sentido, a regulação geral é mais comum – não só pela desnecessidade de uma intervenção mais intensa, como também pela própria inviabilidade de existirem reguladores setoriais para todos setores econômico. Cabe, assim, a assertiva de Pedro Dutra:

*“Há, portanto, mercados em que a livre concorrência pode ser alcançada razoavelmente, aplicada a regra geral de repressão e prevenção a abuso de poder econômico – e estes são a maioria dos mercados – e há os mercados – em número reduzido, mas significativos em termos sociais e econômicos – que necessitam regulação especial, pois a estrutura deles é hostil à livre concorrência, e por tal razão neles a prevenção ao abuso do poder econômico deve se dar liminarmente por meio da ação permanente de órgão da administração pública – órgão regulador – ação que, somada a ações diretoras também atribuídas a este órgão promover é o meio mais eficiente e isento de se promover nesses mercados a livre concorrência”. (DUTRA, 2003, p. 283.)*

Dessas diferenças o porquê de Floriano de Azevedo Marques Neto concluir que *“a Constituição atribui ao Estado competência para exercer o papel de agente regulador da economia. Porém, tal competência (...) variará conforme a combinação dos vetores de regulação setorial (quando houver) com a regulação geral (sempre incidente em maior ou menor grau, conforme a relevância econômica do setor e os interesses envolvidos).”* (MARQUES NETO, 2002, p. 76). É exatamente essa relação, combinação entre a regulação geral – anticoncorrencial e a setorial – atividades específicas, que o presente trabalho se propõe a tratar.

### **3. Possíveis Combinações**

#### **3.1. Complementaridade**

A controvérsia entre os vetores regulatórios reside, contudo, nos casos em que há aparentemente um conflito entre a regulação setorial e a regulação geral. Segundo afirma Floriano de Azevedo Marques Neto, há duas possíveis compreensões acerca do relacionamento entre essas duas figuras: a unidimensional e a bidimensional.

Na primeira hipótese, há uma preferência da incidência da regulação setorial, cabendo à regulação geral a atuação nos demais espaços não sujeitos à regulação específica. Como afirma, *“nesta linha de concepção, a regulação setorial elidiria a regulação geral de proteção do consumidor e da competição, haja vista que tais pautas protetivas já estariam compreendidas no arcabouço normativo e regulatório aplicável ao setor.”* (MARQUES NETO, 2002, p. 99). Assim, à regulação macro a competência seria meramente residual: incidiria apenas naqueles espaços não abrangidos pela regulação setorial.

Na segunda hipótese, as duas formas de regulação, embora distintas, se entrecruzam, trabalham conjuntamente, coordenadamente, e não se excluem como na visão anterior. Neste caso, determinados setores podem ou não estar sujeitos à regulação setorial, contudo, necessariamente estarão sempre sujeitos à regulação geral.

*“Baseia-se esta linha no fato de que, se existem pressupostos específicos a justificar a regulação setorial (interesses sociais na atividade, interesses nacionais em reger o uso do bem escasso, interesses de políticas públicas em calibrar a competição num dado setor, etc), há interesses gerais, consagrados constitucionalmente, a justificar a permanência da regulação voltada a proteger o consumidor e a preservação da competição enquanto pressuposto da própria ordem econômica”. (MARQUES NETO, 2002, p. 100)*

Ao que parece, a compreensão mais adequada ao nosso sistema é a bidimensional. Uma visão unidimensional relega o papel do CADE a um segundo plano, o que contribuiria para reduzir sua efetividade como órgão protetivo da concorrência. A segunda visão, por outro lado, não só fortalece o papel da instituição do CADE, como também confere uma maior aplicabilidade e eficácia aos dispositivos da ordem econômica previstos e consagrados constitucionalmente.

A existência de uma regulação específica não é garantia da inexistência de lacunas que, inevitavelmente, ao conferirem maior grau de liberdade ao particular, possibilitam o exercício de condutas anticompetitivas. Além disso, ainda que a regulação setorial possa, em determinados casos, substituir a livre concorrência em determinado setor, como já visto no item anterior, o escopo de atuação é absolutamente diverso. O objetivo primário da regulação concorrencial não é a proteção da concorrência. Ainda que seja pautada pelos princípios estabelecidos na Constituição Federal de proteção à concorrência, o exercício e a observância desses aspectos é muito mais genérico – o que se comprova inclusive pela falta de expertise do corpo técnico destinado à regulação setorial.

É exatamente a combinação desses dois aspectos – (i) lacunas deixadas pela regulação para prática de condutas anticompetitivas pelos agentes do mercado e (ii) ausência de competência específicas para os órgãos reguladores atuarem em defesa da concorrência – que permitem a atuação do CADE na análise de atos de concentração e condutas envolvendo agentes que atuam em mercados regulados em uma relação de complementariedade. Há, neste sentido, entendimento do CADE nos seguintes termos:

*“Antes de adentrar a questão de fundo, é indispensável deixar claro que, no exercício das atribuições que lhes são conferidas pela lei, não há qualquer conflito entre este CADE e a ANTAQ, a agência reguladora setorial. Não há cogitar, na espécie, de conflito de competências entre as instituições, nem mesmo de preponderância na aplicação da legislação vigente, seja ela regulamentar ou antitruste. Há, antes, uma inegável relação de complementariedade, na qual cada uma das instituições atua exatamente nos limites que suas respectivas legislações lhes impõem”.<sup>1</sup>*

*“No que concerne à eventual invasão do CADE de competência regulatória pertencente à ANATEL a questão é mais delicada. Isto porquanto é possível, ao menos em tese, vislumbrar situações nas quais pode haver certa justaposição entre a função regulatória e a função judicante da autoridade antitruste. Neste passo, concordo com o Parecer do professor de Carlos Ari Sundfeld acostado aos autos, quando este afirma que ‘a simples existência de atos, legais ou administrativos, disciplinando a organização de um dado setor da economia’(...), embora possa afetar a incidência do direito antitruste, não tem o efeito de excluí-lo. O que se imporá, por certo, será o dever de, em suas decisões, a autoridade antitruste combinar as normas gerais antitruste com as normas especiais de organização do setor”.<sup>2</sup>*

Não é demais também mencionar que a Lei 8.884/94 submete ao controle da autoridade concorrencial todos os atos e condutas que gerem ou possam gerar efeitos anticoncorrenciais, o que impede que haja uma relação de exclusão ou de sobreposição entre os reguladores. Sobre o tema, o CADE já se manifestou no mesmo sentido:

<sup>1</sup> Processo Administrativo nº 08012.007443/99-17. Cons. Ricardo Villas-Bôas Cueva. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 18/02/2011.

<sup>2</sup> Ato de Concentração nº 53500.001990/2000. Cons. Ronaldo Porto Macedo Jr. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 18/02/2011.

*“(...) os órgãos de regulação setorial tampouco poderiam exercer as funções próprias do CADE. Tal se dá, menos pela falta de expertise específica, (uma vez que é admissível presumir que também outros organismos altamente capacitados e especializados poderiam desempenhar tal função), mas sobretudo em razão da falta de previsão legal para tanto, uma vez que a Lei n.º 8884/94 comete tal função com exclusividade ao CADE”.<sup>3</sup>*

Em trabalho da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, intitulado de *“Relationship between Regulators and Competition Authorities”* a conclusão sobre a atuação da autoridade concorrencial nos mercados regulados é a mesma:

*“Because competition agencies appear to have a comparative advantage over regulators when it comes to enforcing prohibitions of anticompetitive behaviour and reviewing mergers, such agencies should have exclusive jurisdiction in those domains, or at least retain concurrent jurisdiction along with a regulator”.<sup>4</sup>*

Por esses aspectos que se afirma que *“regulação setorial e geral não se confundem, muito menos se excluem. Interpenetram-se e calibram-se, submetendo uma mesma atividade a duas incidências regulatórias, coordenadas e calibradas.”* (MARQUES NETO, 2002, p. 100). Assim, o conflito é meramente aparente. Os modelos de regulação não se conflitam, não se sobrepõe, mas se complementam.

### 3.2. Imunidades

Ainda que excepcionalmente, há hipóteses em que os modelos regulatórios não se coordenam. São os casos das imunidades ou isenções concorrenciais. Constitucionalmente, há uma única hipótese prevista, que é a dos casos envolvendo planejamento econômico impositivo, pois este estabelece os meios e os fins da atividade econômica. Salvo este caso, não há imunidade. Conforme afirma Calixto Salomão Filho:

*“A Lei 8.884/94, em seu art. 15, expressamente submete ao regime antitruste todas as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, mesmo que exerçam atividades sob regime de monopólio legal. Essa disposição corresponde ao desejo – expressamente declarado pelos autores do projeto – de submete ao controle do CADE todos os atos e ajustes entre empresas, mesmo aquele sujeitos ao controle estatal”. (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 173)*

Tal situação faz com que a não aplicação da legislação antitruste só possa ser admitida em situações excepcionais, como dispõe o mesmo autor:

---

3 Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09. Cons. Ronaldo Porto Macedo Junior. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 18/02/2011.

4 Tradução da autora: *“Porque as agências de concorrência parecem ter uma vantagem comparativa sobre as entidades reguladoras, quando se trata de impor proibições à condutas anticompetitivas e apreciar atos de concentração, essas agências devem ter competência exclusiva sobre esses temas, ou ao menos manter a competência concorrente com o regulador.”* Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/35/37/1920556.pdf>. 18/02/2011.



*“É preciso ou que a lei expressamente manifeste intenção de substituir o sistema concorrencial pelo sistema regulamentar ou, então, que a lei outorgue ao titular do poder regulamentar poderes para influir nas variáveis fundamentais de orientação da vida da empresa – basicamente, preço e quantidade produzida –, o que faz presumir a existência da mencionada intenção de substituição” ou nas hipóteses em que “o Estado substitui o mercado na determinação das variáveis fundamentais da empresa e fiscaliza efetivamente seu cumprimento pelos particulares – ou seja, quando cria diretamente a utilidade pública”. (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 175-177).*

Sobre o tema, a doutrina norte americana consagrou duas teorias aplicáveis: as chamadas *State Action Doctrine* ou Teoria da Ação Política e a *Pervasive Power Doctrine* ou Teoria do Poder Amplo.

No primeiro caso é necessária que a atuação do órgão regulador seja decorrente de uma política expressa de substituição da concorrência pela regulação. Não basta, portanto, a previsão legal para atuação dos órgãos reguladores segundo determinadas diretrizes e princípios concorrenciais. A idéia de substituição, conforme tratado anteriormente, deve ser clara e ainda acompanhada de uma “*supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação.*” (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 131). Tal hipótese, no sistema brasileiro, é verificada apenas no caso de concessão de serviço público, pois apenas esta permitiria verificar a idéia de substituição e supervisão (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 132).

No segundo caso, o poder do órgão regulador ou é extenso o suficiente para afastar a competência concorrencial ou é profundo o suficiente para tanto. O afastamento da concorrência nestes dois casos se dá pelos mesmos motivos: tanto a substituição, quanto a extensão ou intensidade do poder regulador pressupõe que as normas concorrenciais já foram consideradas pelos órgãos reguladores em sua decisão, o que tornaria a análise concorrencial por outra agência desnecessária.

Contudo, é preciso ressaltar o alerta de Alexandre Santos de Aragão:

*“Talvez, parte das dificuldades de resolução dos problemas competências objeto do presente ensaio possa ser tributada à aplicação acrítica entre nós das discussões entre essas correntes norte-americanas. Seja porque “(...) essas teorias são de conteúdo eminentemente jurídico, jurídico constitucional, concernente ao Federalismo, tema no qual o Direito brasileiro e o norte-americano são muito distintos.”, seja porque “(...) a plasticidade que a common law propicia para a definição de competências, dependendo das capacidades e práticas institucionais de cada contexto, o que seria impensável em nosso Direito (pelo menos em seu atual estágio científico), em que se têm as competências administrativas como predeterminadas pelo ordenamento jurídico, sobretudo pela própria Constituição” (ARAGÃO, 2009, p. 30).*

Assim, pode-se afirmar que as teorias desenvolvidas no direito norte-americano servem mais para fins doutrinários e para estabelecer determinados parâmetros que possam ser aplicáveis no ordenamento pátrio do que uma regra imediatamente aplicável, com na decisão abaixo proferida pelo CADE:

*“Não obstante, é imprescindível mencionar que a atuação das agências no sentido de aplicar e fiscalizar as normas de concorrência é passível de análise por parte do órgão antitruste. Nesse sentido, a atuação antitruste por parte das agências reguladoras só afasta a intervenção dos órgãos de defesa da concorrência na medida em que tal situação seja realmente eficaz e qualitativamente satisfatória”.*<sup>5</sup>

Não há, portanto, como afastar a competência do CADE tão-somente em virtude da existência de uma regulação setorial, ou de determinadas condutas e operações terem sido objeto de autorizações ou análise por parte desses órgãos.

Para que isso ocorra, é imprescindível que tenha havido a observância dos dispositivos legais e constitucionais atinentes à ordem econômica, de maneira plena. Ou seja, para que seja afastada a competência do órgão responsável pela análise concorrencial é preciso que o órgão regulador tenha exercido tal função de maneira tão intensa quanto o concorrencial faria - o que levaria a conclusão de que somente nos casos de economia planificada ou de serviços públicos em que há a intenção de substituir a análise do órgão concorrencial haveria essa imunidade (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 185).

Salvo essas situações excepcionais, a relação mantém-se sendo de complementaridade, não só pela regra da Lei 8.884/94, como pela própria lógica do nosso sistema pátrio. Daí inclusive do porquê da atuação conjunta do CADE com órgãos reguladores como a ANATEL e a ANEEL.

#### **4. Problemática: A autorização ou o mandamento do órgão regulador para a prática de um ilícito concorrencial isenta o particular de ser punido pela autoridade concorrencial?**

##### **4.1. Competência do CADE**

Pelas considerações dos itens anteriores, defende-se o não afastamento da competência do CADE para análise de atos e condutas que gerem ou possam gerar efeitos anticoncorrenciais mesmo nos setores em que haja regulação setorial e mesmo nos casos em que a conduta ou o ato se pautaram em uma norma ou decisão do agente regulador.

Tal assertiva não significa, contudo, uma hierarquia de funções entre o CADE e as agências reguladoras setoriais, mas apenas uma complementaridade de funções. Ainda que possa se admitir que tais agências, como a ANATEL, possuem como valores a serem observados no exercício de suas funções a livre concorrência, a observância a esses aspectos é muito mais genérica e, de certa forma, sequer necessitaria de previsão legal, porque a defesa da concorrência decorre de norma constitucional aplicável a todos indistintamente.

Ocorre que o órgão encarregado por excelência da defesa de tais valores é o CADE. Não é, de forma alguma, responsabilidade dos agentes reguladores setoriais verificar os aspectos legais trazidos pela Lei 8.884/94 ou analisar as variáveis econômicas que podem favorecer exercício abusivo de posição dominante, por exemplo. A função destes órgãos é regular e estabilizar um mercado que, em regime normal, carrega falhas que torna o regular exercício destrutivo para si mesmo. A viabilização do mercado nestas circunstâncias é o objetivo final do regulador setorial, e não a defesa da concorrência em si.

<sup>5</sup> Ato de Concentração nº 08012.003267/2007-14. Cons. Luiz Carlos Delorme Prado. 25/06/2008.

Dessa lógica decorre não só a inafastabilidade da competência do CADE para apreciar atos já submetidos aos órgãos reguladores setoriais, mas também a possibilidade de existirem normas e entendimento diversos entre o CADE e o regulador setorial. A ótica de análise de cada um desses órgãos sobre o mesmo fato é diversa e depende dos interesses públicos colocados em jogo. A um cabe a visão do regulador setorial e ao outro a do regulador geral. Ainda que negativas ao sistema, é compreensível a existência de decisões contraditórias e normas contrárias à livre concorrência.

Em situações envolvendo regulação setorial e regulação geral, a Comissão Européia já manifestou seu entendimento a respeito da complementaridade entre esses dois vetores. Em decisão no caso envolvendo a *Telefónica*, ficou evidenciada as diferentes competências exercidas por cada um dos órgãos, o que tornaria possível a análise da mesma conduta por parte de ambos com conclusões distintas.

*“In any case, the CMT is not a competition authority but a regulatory authority within the meaning of Article 5 of the Framework Directive 2002/21/EC 723. (...) As Telefónica itself acknowledges 724, Article 25 of the Ley de Defensa de la Competencia (Spanish Competition Law), modified by the Law 52/99, provides that it is within the competence of the Tribunal de Defensa de la Competencia to enforce Articles 81 and 82 of the Treaty in Spain. Therefore, the enforcement of those Articles is not the responsibility of the CMT and at no time have those competences been entrusted to the CMT. None of the resolutions of the CMT mentioned by Telefónica have as their legal basis Article 82 of the Treaty or even the Spanish equivalent Article 6 of the Ley de Defensa de la Competencia. (...)*

*CMT’s competence to “safeguard competition” is much more general than the enforcement of competition law as such. It enables the CMT to impose certain behavioural obligations in the Spanish telecommunications sector.*

*The CMT exercises its power to safeguard competition alongside other policy objectives and regulatory principles guiding its work as a national regulatory authority, such as the promotion of network investments”.<sup>6</sup>*

---

<sup>6</sup> Tradução da autora: “Em qualquer caso, a CMT não é uma autoridade da concorrência, mas uma entidade reguladora, na acepção do artigo 5º da Base Diretiva 2002/21/CE723 (...) Tal como reconhece a própria Telefónica 725, artigo 25 da Ley de Defensa de la Competencia (lei de defesa da concorrência espanhola), alterada pela Lei 52/99, prevê que é da competência do Tribunal de Defesa de la Competencia impor o cumprimento dos artigos 81 e 82 do Tratado, na Espanha. Portanto, a aplicação desses artigos não é de responsabilidade da CMT e em nenhum momento essas competências foram atribuídas à CMT. Nenhuma das resoluções da CMT mencionadas pela Telefónica tem como base jurídica o artigo 82 do Tratado, ou mesmo o equivalente espanhol do artigo 6º da Ley de Defensa de La Competencia (...) A competência da CMT para “salvaguardar a concorrência” é muito mais geral do que a aplicação do direito da concorrência por excelência. Isso permite que a CMT imponha determinadas obrigações comportamentais no setor de telecomunicações espanhol. A CMT exerce seu poder de defesa da concorrência em conjunto com outros objetivos políticos e princípios reguladores que guiam seu trabalho como uma autoridade reguladora, como a promoção de investimentos de rede.” Case COMP/38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica. Há, ainda, decisão proferida no caso envolvendo a Deutsche Telekom AG: “Segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, e contrariamente à interpretação da DT, não se exclui a aplicabilidade das regras da concorrência sempre que as disposições sectoriais específicas a que estão sujeitas as empresas deixem subsistir a possibilidade de existência de concorrência susceptível de ser entravada, limitada ou falseada por comportamentos autónomos das empresas. Tal aplica-se sobretudo no caso de denúncias relativas a alegadas infrações às regras comunitárias em matéria de concorrência. Nesses casos, a Comissão é obrigada a proceder a uma investigação e, se for caso disso, a ordenar medidas de correção adequadas”. (Processo COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — Deutsche Telekom AG).

Tal conclusão exige dois tipos de esforços por parte daquele que defende a concorrência. De um lado, a necessidade de aceitar a delimitação de espaços para sua atuação, que é ainda mais delicada nesses mercados regulados. E, de outro, a necessidade de se considerar e compatibilizar os objetivos e a racionalidade imposta pelo regulador setorial naquele mercado ao adentrar na análise da conduta e dos atos de concentração envolvendo os agentes daquele mercado. Conforme afirma Alexandre Santos de Aragão:

*“A competência para delinear os contornos dos setores regulados e definir suas normas gerais, inclusive mediante editais e contratos de concessão, é do regulador setorial, não podendo o CADE subverter ou inviabilizar a pauta regulatória. Em se tratando de segmento regulado, especialmente serviço público, a atuação do CADE deve ser excepcional e pontual, para reprimir eventual abuso do poder econômico, respeitado sempre o arcabouço regulatório setorial e as opções políticas legitimamente tomadas que, eventualmente, restrinjam ou até mesmo excluam a concorrência, desde que razoável e proporcionalmente em razão de algum outro valor” (ARAGÃO, 2009, p. 42).*

Da mesma forma, Tercio Sampaio Ferraz Junior afirma que *“a aplicação das normas gerais de concorrência subordina-se ao reconhecimento de sua compatibilidade ou sua compatibilização, pela agência especial, com os objetivos definidos para o setor e com os interesses públicos protegidos pela agência”* (FERRAZ JUNIOR, 2009, p. 183).

Por isso reitera-se não o afastamento da análise do CADE de condutas e atos tutelados por reguladores setoriais, mas sim a possibilidade *“haver uma redução da amplitude da competição para consagrar pautas de políticas públicas (políticas de universalização, por exemplo) ou para permitir uma maior higidez dos agentes econômicos setoriais (cujo fortalecimento pode ser um objetivo-meio da regulação para permitir economias de escala ou possibilitar investimentos específicos de interesse público)”* (MARQUES NETO, p. 79).

Tal compreensão, contudo, *“não exclui que em situações verdadeiramente excepcionais, o valor da concorrência possa ser sacrificado. Mas esse sacrifício deve ser pontual, limitado temporalmente e, entre as soluções propostas, a escolha deve recair sobre aquela menos gravosa para a concorrência”* (SUNDFELD, 2002, p.35).

Daí que na análise de qualquer operação ou conduta em mercados regulados, cabe ao CADE considerar os valores concorrenciais tanto quanto os valores ditados pelos órgãos reguladores para viabilizar o mercado. Do resultado de tal ponderação, o ideal é a compatibilização de normas gerais e setoriais, de forma a dar maior efetividade possível a cada uma delas.

## **4.2. Segurança Jurídica**

A existência e a possibilidade de decisões contraditórias entre os reguladores setoriais e gerais trazem à tona, contudo, uma problemática envolvendo a segurança jurídica dos particulares. Como fica a confiança jurídica dos agentes econômicos se podem ser condenados por atos cometidos sob a tutela dos agentes reguladores?

J. J. Gomes Canotilho, ao tratar da segurança jurídica afirma que:

*“Os princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroactivas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos”. (CANOTILHO, 1995, p. 373).*

Na hipótese de normas expedidas por órgãos reguladores que contrariem a ordem concorrencial, a atuação do agente regulador não pode ou deve ser objeto de condenação pelo órgão concorrencial pela própria ausência de hierarquia entre os órgãos. Nesta situação, a atuação do regulador geral é outra, na tentativa de orientar o órgão regulador a respeito da norma por ele expedida ou de contestar tal mandamento no Judiciário.

No caso de condutas autorizadas por órgãos reguladores, a questão é mais controvertida. De fato, a autorização confere ao particular uma proteção, que é a da existência de um ato administrativo constitutivo de direitos. Contudo, ao menos a princípio, dificilmente será cabível a responsabilização do agente regulador, desde que tenha exercido sua função ao verificar os parâmetros legais para a concessão da autorização.

A decisão pela autorização da conduta pauta-se em questões atinentes em primeiro plano aos objetivos da regulação setorial e, em segundo plano, da ordem econômica e seus dispositivos. A conclusão pela autorização pode e normalmente pauta-se em uma lógica diversa à utilizada pelo órgão concorrencial e por isso a possibilidade de conclusões diversas dos agentes sem que por isso tenha havido qualquer omissão ou negligência na análise do regulador setorial.

Não se pode, porém, por este fato afastar a análise do CADE de tal conduta. A proteção ou a segurança conferida pelo regulador setorial enquadra-se no objeto de análise deste. Ou seja, há proteção dentro dos parâmetros de atuação do regulador setorial. A atuação do órgão concorrencial, como já afirmado, é distinta. E o particular tem sempre conhecimento de que seus atos de concentração devem ser analisados por ambos reguladores, devido à previsão legal, e que suas condutas igualmente se submetem a essa análise dúplice e complementar.

Considerando-se, assim, a necessidade de ponderação entre a proteção da ordem concorrencial e o fato do particular ter agido sobre tutela de um órgão regulador, talvez a opção mais adequada no sentido de proteger os valores da ordem econômica e a segurança jurídica seja aquela já adotada pela Comissão Europeia, utilizando o fato da empresa ter atuado sob a tutela do regulador setorial como fator atenuante para aplicação das penalidades previstas no ordenamento.

*“Não se verificam quaisquer circunstâncias agravantes. Uma circunstância atenuante a favor da DT consiste no facto de, no caso em apreço, as tarifas cobradas pela DT pelos serviços de acesso grossista aos outros operadores e pelos serviços a retalho aos utilizadores finais, se terem regido e continuarem a reger, desde 1998, por disposições reguladoras sectoriais à escala nacional”.<sup>7</sup>*

<sup>7</sup> Processo COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — Deutsche Telekom AG.

A ausência de previsão legal determinando o afastamento da apreciação dessas situações pelo CADE, somado aos diferentes escopos de atuação de ambos reguladores, torna quase inviável defender a não condenação de uma empresa por ter atuado sob a tutela do órgão regulador setorial. Tais aspectos, contudo, são insuficientes para justificar a existência de uma instabilidade jurídica, certamente negativa e contrária a atuação de ambos reguladores. Talvez, outra resposta estaria no próprio processo administrativo, com um contraditório mais ampliado e a participação mais efetiva dos reguladores setoriais no julgamento pelo CADE.

## 5. Conclusões

A mera existência da regulação em determinado setor da economia não afasta a necessidade de análise pelo CADE. Primeiro porque o escopo de atuação de cada um desses órgãos é diverso e, segundo, porque não há previsão constitucional ou legal para tanto. O que, contudo, se faz necessário admitir é a adaptação das normas antitruste na sua aplicação à setores regulados, exatamente porque nesses casos não há um regime normal e natural de mercado.

Em outras palavras, não se pode ignorar a existência da regulação em determinado mercado na análise concorrencial da conduta ou do ato de concentração. Nesta perspectiva, fica a conclusão do estudo da OCDE sobre o tema: *“if a decision is made to combine competition law enforcement and economic regulation serious attention should be paid to differences in how competition agencies and regulators conduct their principal functions because this could significantly influence how they would carry out a combined mandate”*.<sup>8</sup>

A tendência doutrinária e jurisprudencial é no sentido de que, se em conflito a segurança jurídica do particular e a proteção à concorrência, deve prevalecer a segunda. Contudo, parece que esforços devem ser dedicados no sentido de compatibilizar a atuação de ambos reguladores, a fim de evitar uma instabilidade econômica e jurídica nestes setores.

## 6. Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Competências antitruste e regulações setoriais. Revista do IBRAC. São Paulo, vol. 16, n. 01, 2009, p. 29-43.

CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito constitucional. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1995.

DUTRA, Pedro. Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Concorrência como tema constitucional. Revista do IBRAC. São Paulo, vol. 16, n. 01, 2009, p. 169-186.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Definição do direito da regulação econômica. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2005, p. 201.

---

<sup>8</sup> Tradução da autora: *“Se a decisão foi feita para combinar a aplicação do direito antitruste e a regulação econômica consideráveis atenções devem ser dadas às diferenças nas formas como as agências antitruste e as reguladoras conduzem suas principais funções, porque isso pode influenciar significativamente na forma como eles realizariam uma atuação conjunta.”* Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/35/37/1920556.pdf>

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A articulação entre regulação sectorial e regulação antitruste. Revista Regulação Brasil – Associação Brasileira das Agencias de Regulação- ABAR, p. 79.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A regulação setorial e a autoridade antitruste. A importância da independência do regulador. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 72

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, e Joao Grandino. Direito e economia da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 137.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 173.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e antitruste: fronteiras e formas de atuação no setor financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Veiga da.; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 131.

SUNDFELD, Carlos Ari. Concorrência e regulação no sistema financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Veiga da.;MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 35.

