

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA - RDPE
ano 13 - n. 50 - abril/junho 2015 - Publicação trimestral

50

ISSN 1678-7102

Revista de
DIREITO PÚBLICO
DA ECONOMIA

RDPE

DOCTRINA

 **Fórum**

ano 13 - n. 50 | abril/junho - 2015
Belo Horizonte | p. 1-264 | ISSN 1678-7102
R. de Dir. Público da Economia – RDPE

**Revista de Direito
PÚBLICO DA ECONOMIA**

RDPE

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

 **EDITORA
Fórum**

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA – RDPE

Publicação oficial de

NUPEDE

NÚCLEO DE PESQUISA EM DIREITO ECONÔMICO
PPGD / UFPA

Diretores

Vital Moreira
Egon Bockmann Moreira

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (São Paulo)
Almiro do Couto e Silva (Porto Alegre)
Calixto Salomão Filho (São Paulo)
Carlos Ari Sundfeld (São Paulo)
Celso Antônio Bandeira de Mello (São Paulo)
Diogo de Figueiredo Moreira Neto
(Rio de Janeiro)
Eduardo Paz Ferreira (Lisboa)
Eros Roberto Grau (São Paulo)
Fábio Nusdeo (São Paulo)
Florianópolis de Azevedo Marques Neto
(São Paulo)
Leila Cuéllar (Curitiba)
Luís Domingos Silva Moraes (Lisboa)
Luís Roberto Barroso (Rio de Janeiro)
Manuel Afonso Vaz (Porto)
Manuel Porto (Coimbra)
Marçal Justen Filho (Curitiba)
Maria Manuel Leitão Marques (Coimbra)
Maria Sylvia Zanella Di Pietro (São Paulo)
Miguel Polares Maduro (Lisboa)
Monica Spezia Justen (Curitiba)
Paula A. Forgioli (São Paulo)
Paulo Otero (Lisboa)
Pedro Gonçalves (Coimbra)
Ronaldo Porto Macedo Jr. (São Paulo)
Sérgio Ferraz (Rio de Janeiro)
Tercio Sampaio Ferraz Jr. (São Paulo)

Antigos Conselheiros

Antônio Sousa Franco (Lisboa)
Caio Tácito (Rio de Janeiro)
Lúcia Valle Figueiredo (São Paulo)
Marcos Juruena Villela Souto (Rio de Janeiro)

© 2015 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional e em Portugal

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

R454 Revista de Direito Público da Economia : RDPE. – ano 1,
n. 1, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum,
2003-

Trimestral
ISSN: 1678-7102
1. Direito público. 2. Direito econômico. I. Fórum.

CDD: 341
CDU: 342

Esta revista está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos Estados Unidos)

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

Manescc

TOMBO:

CCDIR: .

CUTTER

ANO: 15

EX: 1...

DOCTRINA

ARTIGOS

A desconsc

Anteprojeto

Ana Carolina

1 Intr

2 Grup

3 Teor

3.1 Evol

3.2 Brev

3.3 A de

4 Anál

5 Des

juríd

6 Anál

6.1 Solu

7 Con

Ref

Regulação

Lei nº 9.78

aplicável às

André Luís M

1 Intr

2 Bre

3 A L

3.1 Nec

3.2 Dup

3.3 Ref

3.4 Exe

3.5 Res

3.6 Out

4 Anál

Ref

Política de

André Rosil

1 Intr

2 Cor

pos

licit

2.1 A vi

Artigos

A desconsideração da personalidade jurídica aplicada aos grupos de sociedades e o Anteprojeto de Código Comercial

Ana Carolina Rodrigues, Maria Fernanda C. A. R. Cury

Regulação e processo administrativo sancionador: aspectos constitucionais da Lei nº 9.784/1999 na jurisprudência do STF, na literatura jurídica e na legislação aplicável às agências reguladoras

André Luís M. Freire

Política de contratações públicas da Petrobras: o que pensam o STF e o TCU?

André Rosilho, Larissa Santiago Gebrim

Regulação e concorrência no acesso a áreas e no compartilhamento de instalações em aeroportos

Carlos Ari Sundfeld, Jacintho Arruda Câmara

Novo Marco Regulatório Portuário, melhora regulatória e análise de impacto

Daniel Silva Pereira

Direito e infraestrutura – Propostas de (in)definição

Fernando Menegat

Responsabilidade fiscal e desenvolvimento econômico nacional: uma análise a partir da teoria do *Law and Economics*

Otacílio dos Santos Silveira Neto

O regime jurídico do ato de transferência das concessões: um encontro entre a regulação contratual e a extracontratual

Rafael Vêras de Freitas

O capital no século XXI e a justiça fiscal: uma contribuição de Thomas Piketty para uma reforma tributária no Brasil

Ricardo Lodi Ribeiro

Os reflexos da intempestividade da prestação jurisdicional nos negócios jurídicos empresariais e os fundamentos da Análise Econômica do Direito

Samantha Caroline Ferreira Mexalva

Defesa da concorrência x regulação

Thiago Marrara



1754

RDPE

ISSN 1678-7102



9 771678 710003

Fórum

www.editoraforum.com.br

Av. Afonso Pena, 2770 - 16º andar
Funcionários - Belo Horizonte - MG
CEP 30130-007 - Tel.: 0800 704 3737
editoraforum@editoraforum.com.br



Acesse nossa livraria virtual
www.editoraforum.com.br/loja

Defesa da concorrência x regulação setorial: o que mudou com a lei de 2011?

Thiago Marrara

Professor de direito administrativo da USP. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP). Livre-docente. Doutor pela Universidade de Munique (LMU). Consultor jurídico. E-mail: <marrara@usp.br>.

Resumo: O movimento de reforma do Estado deflagrado na década de 1990 e ainda hoje em movimento causou impactos significativos na organização administrativa e em suas funções. Nesse contexto, o incremento da regulação setorial, baseado em agências reguladoras, frequentemente entra em choque com políticas transversais, de que é exemplo a defesa da concorrência. Este breve artigo busca debater como tais conflitos podem ser evitados ou solucionados por meio de instrumentos previstos na Lei nº 12.529/2011, conhecida como nova Lei de Defesa da Concorrência (LDC).

Palavras-chave: Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Regulação. Conflitos interadministrativos. Lei Federal nº 12.529/2011.

Sumário: 1 Introdução – 2 Regulação: emergência na década de 1990 – 3 A evolução da defesa da concorrência no Brasil – 4 Conflitos entre defesa da concorrência e regulação setorial – 5 A nova LDC mitiga tais conflitos? Como? – 6 Conclusão: todos os problemas resolvidos? – Referências

1 Introdução

Ao longo dos últimos dois séculos, as necessidades humanas se multiplicaram e com elas os problemas sociais e as situações em que o Estado foi chamado a agir em nome do povo. A Administração Pública alongou e fortaleceu seus braços. Ingressou em incontáveis campos antes deixados aos particulares e nos quais o mero jogo das relações jurídicas privadas se mostrou incapaz de atingir soluções ótimas.

Sob a perspectiva estrutural, a máquina estatal se tornou grande e complexa. A divisão de trabalhos se fortaleceu e se aprofundou por meio de técnicas de descentralização política, descentralização administrativa funcional e por colaboração e intensa desconcentração orgânica. O Estado soberano se transformou, no plano interno, em um emaranhado de entidades, públicas ou privadas, em um sem-número de órgãos e todos voltados ao desempenho de dezenas ou centenas de políticas públicas.

Em um cenário assim, é natural que conflitos entre entes e órgãos estatais se tornem corriqueiros. Os fatos sociais e os recursos naturais se imbricam; as políticas públicas se sobrepõem; as decisões expedidas nos mais diversos órgãos entram em

choque e, em certos casos, chegam a se autodestruir. Todo esse potencial conflitivo se eleva em Estados federativos, com territórios continentais e gestores de interesses de uma população extremamente multicultural.

A partir da emergência do Estado regulador brasileiro na década de 1990, esses conflitos inevitáveis entre entes administrativos e suas ações passaram a ser igualmente identificados dentro das próprias atividades regulatórias. Ora isso se vislumbra em choque entre medidas puramente setoriais, tal como hoje se verifica nas políticas de energia e gestão de recursos hídricos. Outras vezes, despontam tensões e conflitos entre a regulação setorial e políticas transversais, das quais é exemplo a defesa administrativa das condições de bom funcionamento da concorrência.

A pergunta que se coloca a todo jurista, nesse contexto, é relativamente previsível: tais conflitos e tensões podem ser solucionados? Como o direito participa dessa tarefa? O objetivo deste breve estudo consiste em responder a essas questões a partir do direito administrativo, mas considerando-se de modo específico as tensões existentes entre políticas setoriais e a defesa da concorrência realizada por entidades especializadas da Administração Pública federal. De modo mais preciso, buscar-se-á verificar como a Lei de Defesa da Concorrência editada em 2011 lida com a problemática em debate.

No intuito de se atingir esse objetivo, parte-se de uma breve caracterização do movimento de transformação do Estado brasileiro na década de 1990, com especial destaque para a construção do modelo regulatório federal. Em seguida, examina-se um fenômeno paralelo, mas que encontra suas raízes já na década de 1930: trata-se da evolução do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (doravante SDBC). Nesse exame, especial destaque será dado à Lei de Defesa da Concorrência (LDC) de 2011 e às suas inovações, sobretudo àquelas aptas a contribuir com a redução de tensões entre posturas das entidades reguladoras setoriais e daquelas que, na Administração Pública, tutelam a concorrência.

2 Regulação: emergência na década de 1990

Com mais ou menos intensidade, o Estado moderno sempre regulou. Afinal, regular é buscar equilíbrio ou sintonia nas relações sociais e mercadológicas.¹ Mais recentemente, porém, o balanço das funções estatais mudou e aflorou a noção de Estado regulador como um contraponto ao Estado prestador. Para se entender essa afirmação, há que se resgatar brevemente os movimentos de transformação do direito administrativo contemporâneo.

¹ A respeito do conceito, explica Marques Neto que "muito embora a expressão 'regulação' seja mais recorrentes nos escritos de direito administrativo a partir da década de 1990, é possível encontrá-la nas produções dos administrativistas no início do século XX". Cf. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: RT, 2014. v. 4: Funções administrativas do Estado, p. 522.

De
passam
Inaugura
direito a
instituto:
Tor
por dois
eficiênci
e interat
sociais.
e redirec
O s
de um la
no mode
ora pela
meios de
rência da
do terceir
para ente
ciados pe
A bi
pela dimi
das entid
ses públi
gestão de
viços púb
pode tran
mercado;
existência
Em
como dev
ponsável
pela prote
educação
Poder Cor
que se ab
compensã

² Sobre o co
no Brasil. S

Desde a década de 1990, o Estado brasileiro e sua Administração Pública passam por significativas mudanças que, em certa medida, até hoje perduram. Inaugura-se um período de intensa transformação orgânica e funcional que se vale do direito administrativo para desenvolver-se e, ao mesmo tempo, acaba impactando os institutos desse ramo do direito e sua teoria.

Todo esse amplo movimento de transformação é guiado, simplificadamente, por dois motivos centrais. O primeiro consiste na necessidade de se imprimir mais eficiência ao Estado. Trata-se de racionalizá-lo, torná-lo mais célere, mais responsivo e interativo, mais efetivo na construção de respostas às necessidades e demandas sociais. Trata-se de quebrar a autorreferenciabilidade gerada pelo modelo burocrático e redirecionar os olhos da Administração para o cidadão.²

O segundo motivo das reformas foi o de reduzir os custos do Estado. Por isso, de um lado, promoveram-se alterações no regime dos servidores públicos e também no modelo previdenciário. De outro, acentuou-se o uso de técnicas de desestatização, ora pela alienação de ativos ou de ações de empresas estatais, ora pela adoção de meios de descentralização de serviços públicos a particulares e também da transferência da exploração de bens públicos, inclusive alguns monopolizados. A valorização do terceiro setor, simultaneamente, representou uma forma de aos poucos transferir para entes privados sem fins lucrativos muitos serviços públicos sociais antes gerenciados pelo Estado, sobretudo no campo da saúde e da cultura.

A busca da eficiência e a necessidade de redução dos custos estatais, inclusive pela diminuição do tamanho do Estado e a consequente valorização do mercado e das entidades da sociedade civil, não poderia representar um abandono dos interesses públicos primários consagrados no texto constitucional. O Estado pode jogar a gestão de hospitais públicos e museus para organizações sociais; pode lançar serviços públicos de energia, telecomunicações ou saneamento às mãos de empresas; pode transferir a gestão de grandes infraestruturas, como rodovias e aeroportos, ao mercado; mas jamais poderá abrir mão dos objetivos maiores que justificam sua existência e seu custeio.

Em outras palavras, o Estado se refaz, remodela-se, repensa suas funções e como devem ser executadas de maneira mais racional. No entanto, continua responsável pela promoção da saúde, pela defesa da concorrência e do consumidor, pela proteção ambiental, pelo combate à desigualdade, pela promoção da cultura, da educação e de tudo aquilo que se consagrou como interesse primário por decisão do Poder Constituinte. Isso mostra que em substituição ao modelo de Estado prestador que se abandonava desde a década de 1980 era necessário pensar em um modelo compensatório. É partir de então que a regulação e a agencificação ganham força.

² Sobre o contexto e os objetivos do gerencialismo, cf. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Desenvolvimento e crise no Brasil*. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 301 e seguintes.

Regulação e agencificação nada mais são do que movimentos compensatórios. Movimentos que despontam para salvaguardar os interesses públicos no contexto de um Estado que quase não mais executa seus serviços e não mais cria tantas empresas estatais. A regulação tornou-se fundamental como meio para busca do equilíbrio no funcionamento de segmentos estratégicos da economia e para proteção em última instância da sociedade. Nesse sentido, a regulação assumida pelo Estado passou a caminhar em três frentes: uma relativa a atividades econômicas de interesse público, como o segmento de planos de saúde, o mercado de alimentos e bebidas e da cultura; a segunda referente à prestação de serviços públicos monopolizados, agora em sua maioria privatizados, como energia, telecomunicações, saneamento; e a terceira, concernente à exploração de bens públicos, como rodovias, portos, aeroportos, jazidas de hidrocarbonetos, águas etc.

No modelo federal, a valorização desse papel regulador veio acompanhada da agencificação e da setorialização intensiva.³ Para dar mais credibilidade ao Estado diante dos agentes econômicos que passaram a agir em seu nome ou como seu parceiro, tornar o país mais atrativo a investimentos, incrementar infraestruturas e gerar mais previsibilidade, o modelo de Estado regulador forjou uma estrutura organizacional própria. Autarquias especiais, dotadas de blindagem relativa em termos processuais e também quanto à atuação de seus dirigentes, multiplicaram-se a partir de 1995.

No âmbito dos Estados, o mesmo movimento se repetiu. No entanto, enquanto muitos deles adotaram autarquias com competências amplíssimas e multissetoriais (por vezes, uma única agência reguladora para todos os serviços e atividades), a União partiu para um modelo extremamente repartido e especializado. Nessa linha, por iniciativa da Presidência da República, o Congresso aprovou as leis de criação da ANEEL, ANATEL, ANP, ANA, ANS, ANTT, ANTAQ, ANCINE e ANVISA.

Os instrumentos administrativos que cada uma dessas autarquias especiais recebeu diferem. Ora elas trabalham com ferramentas de polícia administrativa, como processos autorizativos e processos sancionadores, ora atuam por meio do fomento ou do estímulo ao mercado, inclusive mediante a oferta de informações estratégicas. Outras vezes exercem funções mediadoras de conflitos e de gestão de contratos públicos de delegação de serviços da União.

³ Segundo Sérgio Guerra, "referindo-se às agências, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado previu que dois fatores inspiraram a formulação do projeto: a responsabilização por resultados e a autonomia de gestão. Assim, o objetivo inicial – não implementado na prática – focava na modernização da máquina pública, visando transformar autarquias e fundações que exerciam atividades exclusivas do Estado (com o necessário poder de polícia), em agências autônomas" (GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 115). Cf. também JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 358 e seguintes; e DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na Administração Pública*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 177 e seguintes.

tação
precis
lizaçã
a cho
condu

nação
ainda
referir
dito, e
própri
assoc
décad
em ce

(SISN.
do Co
Brasil
gêner
1) a r
imbric
neces
sentic
Direta
presu
daí o
polític

difícil
condu
te, po
saneam
tica de
direito
dos p
flitos
algum
o SBC

O modelo regulador não abrange uma essência operacional única. Sua formação é complexa e adaptada às competências e aos objetivos que as agências precisam atingir. Se há um ponto comum, esse reside apenas no alto grau de setorialização presente no âmbito federal e que, não raro, leva a problemas de coordenação, a choques entre políticas regulatórias, a conflitos entre processos administrativos conduzidos sobre objetos idênticos ou inter-relacionados.

Esse mesmo tipo de problema, decorrente da falta de uma lei geral de coordenação e mecanismos do gênero em muitas das leis que criaram as agências, abrange ainda as tarefas de regulação transversal ou intersetorial. Embora seja comum se referir ao modelo regulatório a partir das agências apontadas, na verdade, como já dito, existem outras políticas regulatórias, sustentadas em sistemas de entidades próprias, mas que nem sempre são chamadas de agências reguladoras, nem se associam diretamente ao movimento de reforma do Estado deflagrado a partir da década de 1990 e que, apesar das mudanças de orientação partidária, ainda perdura em certa medida.

A proteção do ambiente pelas entidades do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), a defesa do consumidor pelas entidades do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDIC) e a proteção das boas condições de concorrência pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) representam políticas regulatórias desse gênero. Os elementos que as diferenciam do que hoje se chama regulação são três: 1) a natureza transversal do objeto regulado, ou seja, temas que praticamente se imbricam em todos os setores; 2) a execução por entidades menos complexas e não necessariamente englobadas naquilo que hoje se entende por agência reguladora, no sentido de autarquias especiais dotadas de certa blindagem contra a Administração Direta; e 3) o desempenho das tarefas por um conjunto de entidades e órgãos que, presumidamente, atuam de modo coordenado nos mais diversos níveis da federação, daí o nome “sistema” frequentemente empregado pela legislação que cuida dessas políticas.

Ora, se os conflitos e tensões jurídicas ocorrem entre políticas setoriais, não é difícil perceber que, muito mais facilmente, eles atingirão a relação entre as setoriais, conduzidas pelas agências especializadas, e as políticas transversais. Não raramente, portanto, despostrarão conflitos entre autoridades de energia, telecomunicações, saneamento etc. e, de outro lado, as entidades responsáveis pela execução da política de defesa da concorrência. É nesse cenário que se precisa entender o papel do direito e das leis de criação dos entes reguladores, setoriais ou não, para a solução dos problemas apontados. Como o presente estudo se volta basicamente aos conflitos envolvendo legislação setorial e proteção da concorrência, para se chegar a algumas respostas mais concretas, é preciso apontar de que maneira se estruturou o SBDC.

3 A evolução da defesa da concorrência no Brasil

É comum impressão de que a defesa da concorrência se realize apenas por meio de entidades que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SDBC), sobretudo o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ainda que central e imprescindível, a atuação dessa autarquia federal configura apenas parte da política concorrencial brasileira. Inúmeras são as normas e as formas de responsabilização de pessoas físicas e jurídicas, privadas ou estatais, que se envolvem em infrações ao equilíbrio do mercado. Variadas são também as entidades que cuidam do assunto. O quadro abaixo, extraído do livro *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*, aponta como o tema é disciplinado.

ATIVIDADES	NATUREZA	INSTRUMENTOS	RESPONSÁVEL
ATIVIDADE PREVENTIVA	Preventiva geral	Atividade informativa (<i>competition advocacy</i>)	SEAE e CADE
	Preventiva específica	Controle de concentrações por meio do processo administrativo autorizativo	CADE
ATIVIDADE REPRESSIVA	Repressiva administrativa	Controle de condutas por meio do processo administrativo sancionador com base na LDC ou, para condutas como o cartel licitatório, também com suporte na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013)	CADE Entidades públicas legitimadas pela Lei Anticorrupção, basicamente para cartéis licitatórios
	Repressiva criminal	Processo penal: crimes contra a economia popular (Lei nº 1.521/1951), crimes contra a ordem econômica (Lei nº 8.137/1990); crimes licitatórios (Lei nº 8.666/1993); crimes de concorrência desleal (Lei nº 9.279/1996)	Ministério Público
	Repressiva civil	Processo civil individual ou coletivo, por exemplo, mediante ação civil pública, inclusive a baseada na Lei Anticorrupção	Ministério Público, consumidor, fornecedor, concorrente ou, eventualmente, pela ProCADE na judicialização de acordos

Fonte: MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015. Capítulo 01.

O quadro aponta atividades estatais que visam à prevenção de danos à concorrência e outras que objetivam reprimir as infrações contra a ordem econômica. A prevenção se desenrola em ações gerais e ações concretas ou específicas. As primeiras se realizam basicamente pelo que os especialistas na matéria chamam de "advocacia concorrencial", expressão que indica uma ação comunicativa, de caráter

educativo
valores c
a preven
trações e
ventures
preventiv
Ministéri
especial
zação de
Ner
certas co
do. O Est
Essas m
1) admir
dos sobr
penal co
Crimes c
Código d
voltada e
reparaçã
midores,
desenvol
Anticorru
nesse ca
sabilidade
de respo
próprios
Dia
clusivas.
AGU, age
proteção
Sistema
processo
resta evi
concorrência
Administ
No
movimen
política n

educativo e conscientizador da sociedade e dos agentes econômicos a respeito dos valores que devem ser protegidos para que o mercado funcione adequadamente. Já a prevenção concreta se dá por processos administrativos autorizativos de concentrações econômicas específicas em suas mais diversas formas jurídicas, desde *joint ventures* até fusões empresariais. Na atualidade, o SBDC assume as duas atividades preventivas, mas, de modo geral, a SEAE, órgão da Administração Direta inserido no Ministério da Fazenda, concentra-se na prevenção geral, enquanto o CADE, autarquia especial vinculada ao Ministério da Justiça, conduz os processos de análise e autorização de concentrações econômicas.

Nem sempre a orientação, a conscientização e mesmo o controle prévio de certas concentrações econômicas basta para garantir o bom funcionamento de mercado. O Estado, por isso, complementa sua ação preventiva com medidas repressivas. Essas medidas se associam a um ou mais dos seguintes tipos de responsabilidade: 1) administrativa, averiguada por processos administrativos sancionadores baseados sobretudo na Lei de Defesa da Concorrência; 2) penal, por meio do processo penal conduzido pelo Ministério Público com base na Lei de Licitações, na Lei de Crimes contra a Ordem Econômica, na Lei de Crimes contra a Economia Popular e no Código de Propriedade Industrial, que prevê crimes de concorrência desleal; 3) civil, voltada à recomposição da situação anterior ou, quando impossível, à obtenção de reparação subsidiária por danos causados pelas práticas anticoncorrenciais a consumidores, concorrentes, fornecedores ou até investidores e 4) híbrida, como a que se desenvolve com base na Lei de Improbidade (civil, administrativo e políticas) e na Lei Anticorrupção (civil e administrativa). O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nesse campo, vale-se do processo administrativo sancionador e cuida da responsabilidade administrativa baseada em seu poder de polícia. As outras modalidades de responsabilização são buscadas por entes como o Ministério Público ou pelos próprios particulares.

Diante desse breve panorama, é possível extrair as seguintes informações conclusivas. O SBDC, hoje composto pelo CADE e pela SEAE e apoiado pelo MP e pela AGU, age na esfera administrativa. A atuação judicial, quando existente, limita-se à proteção de suas decisões administrativas. Isso significa que as duas entidades do Sistema desempenham as funções de prevenção geral, de prevenção específica por processos autorizativos e de repressão, por meio do processo sancionador. Assim, resta evidente que o SBDC não esgota toda a política nacional de defesa da concorrência. Representa, muito mais, a faceta de defesa concorrencial assumida pela Administração Pública.

No Brasil, a estruturação desse sistema tem raízes bem mais antigas que a do movimento regulatório deflagrado com intensidade na década de 1990. A criação da política nacional de defesa da concorrência encontra seus ancestrais já na década de

1930 e ganha corpo sobretudo a partir de 1960, mas somente se torna efetiva na década de 1990.⁴ Os passos a seguir esclarecem como essa política evoluiu:

- *Década de 1930*: as Constituições de 1934 e de 1937 ofereceram as bases do Estado social e criaram normas que passam a exigir a intervenção indireta do Estado para o bom funcionamento da economia. O art. 141 da Constituição de 1937 previa a necessidade de proteção da economia popular, o que deu base para a edição do Decreto-Lei nº 869/1938. Explica Calixto Salomão Filho que desde então já se revela o caráter publicístico da legislação concorrencial.⁵ As infrações eram penais, processadas pelo Tribunal de Segurança Nacional.
- *Década de 1940*: ditada pelo espírito nacionalista da época, em 1945 edita-se o Decreto-Lei nº 7.666, conhecido como Lei Malaia em homenagem à Agamemnon Magalhães, ministro de Vargas. Com isso surge a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, órgão presidido pelo Ministro da Justiça e com poder regulatório para combater infrações e aprovar previamente atos de concentração. O diploma durou, porém, apenas três meses, pois foi revogado por José Linhares após a queda de Vargas. Assim, nas próximas décadas, não haveria grande avanço nessa política, com exceção da edição da Lei nº 1.521/1951, que renovou a disciplina dos crimes contra a economia popular.
- *Década de 1960*: em 10 de setembro de 1962, o sistema de proteção administrativa da concorrência seria ressuscitado pela Lei nº 4.137. Daí provém o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), à época vinculado à Presidência do Conselho de Ministros e conduzido por um presidente e quatro conselheiros nomeados pelo Presidente da República para um mandato fixo de quatro anos. O Conselho desempenhava o controle repressivo de condutas e o controle preventivo na análise de concentrações econômicas. Autores como Forgioni e Burini explicam, contudo, que o sistema se manteve inoperante principalmente sob as pressões da política econômica então adotada, grandemente incentivadora de fusões e incorporações para a formação de conglomerados nacionais.⁶
- *Década de 1990*: finalmente, após longas décadas de tentativa, em 1990 seria finalmente incrementada a política concorrencial brasileira. Isso se deu, em primeiro lugar, pela edição da Lei nº 8.158 de 1991, que alterou a Lei de 1962 e criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE)

⁴ Para um panorama, cf. MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015. capítulo 1; FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: Gen, 2012. p. 99 e seguintes; e COSTA, Maurício de Moura. *Le droit brésilien de la concurrence*. 1996. t. II, p. 433 e seguintes.

⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 14.

⁶ BURINI, Bruno Corrêa. *Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial: perspectiva instrumentalista*. Doutorado (Tese) – USP, 2010, p. 26; e FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: Gen, 2012. p. 116 e 117.

com competência para auxiliar o CADE sobretudo na propositura de medidas destinadas a corrigir anomalias de comportamento de setores econômicos. A SNDE tinha forte papel na investigação e instrução dos processos e, no aspecto sancionador, restringia-se a recomendar a correção de condutas dos agentes econômicos e a impor certas sanções, salvo a multa. Detinha ainda amplas competências no controle de concentrações. O CADE, porém, mantinha-se como entidade julgadora, o que conferia ao sistema um grau significativo de confusão e imprevisibilidade. Na prática, a Lei de 1962 somente seria revogada por completo em 1994, quando se editou a Lei nº 8.884. Esta determinou a transformação do CADE em autarquia e colocou a Secretaria de Direito Econômico (SDE, derivada da antiga SNDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) ao seu lado. A reestruturação da organização administrativa foi pensada para dar mais efetividade ao sistema, sobretudo num contexto de abertura de mercado e de busca de investimentos pelo Estado. O resultado foi satisfatório. Segundo Vicente Bagnoli, o número médio de processos julgados por mês pelo CADE em 2010 era aproximadamente 45 vezes maior que a média dos anos de 1963 a 1990.⁷

- *Década de 2010*: depois de aproximadamente 16 anos, a Lei nº 8.884 foi substituída pela Lei nº 12.529 de 2011. Na prática, o direito concorrencial econômico se manteve tal como se concentrava. No entanto, o direito administrativo da concorrência foi completamente refeito pela nova lei no intuito de se focar as atividades do SBDC em questões mais relevantes, de se acelerar seus controles e de torná-los mais fortes e efetivos. Isso exigiu uma ampla reforma organizacional e processual. Do ponto de vista organizacional, a SDE foi extinta e a SEAE concentrou-se em atividades de prevenção geral ("advocacia concorrencial"). O CADE fortaleceu-se como Tribunal Administrativo. Passou a abarcar aquilo que a SDE fazia na instrução dos processos por meio de um órgão novo: a Superintendência-Geral. Para incrementar sua capacidade instrutória, nele se consagrou o Departamento de Estudos Econômicos. Não bastasse isso, os processos administrativos sancionadores e autorizativos foram completamente revistos. No controle de concentrações econômicas, o processo autorizativo se focou em condutas de maior impacto, já que o CADE estava abarrotado de processos que, em grande parte, não eram relevantes e acabam sendo aprovados sem qualquer restrição. Nesse campo preventivo, impôs-se o controle prévio. No controle repressivo, modificou-se a estrutura das sanções, com um certo

⁷ BAGNOLI, Vicente. Comentários à LDC contido em CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques *et al.* *Nova Lei de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 67.

abrandamento, é verdade. Em compensação, os poderes instrutórios foram claramente incrementados. Manteve-se, ainda, o conjunto de acordos previstos tanto no controle preventivo (acordo em concentrações), quanto no repressivo (acordo de leniência e compromisso de cessação de prática infrativa).

Hoje, portanto, o SBDC se consolidou e passou a atuar com base em um SuperCADE, como autarquia especial, e na SEAE. Essas entidades perseguem as atividades de prevenção geral, prevenção específica (por processos autorizativos de concentrações econômicas) e repressão (por processos administrativos sancionadores). E tudo isso se faz com o objetivo de se proteger o conjunto de princípios gerais da ordem econômica, sobretudo o bom funcionamento do mercado com meio para o desenvolvimento. Note-se bem: o objetivo do SBDC é transversal. Trata-se de tutelar a concorrência como valor difuso e em qualquer setor.

4 Conflitos entre defesa da concorrência e regulação setorial

O modelo regulatório federal construído a partir da década de 1990 adotou como característica fundamental a setorialização. De um lado, o recorte temático das agências e a alta especialização de seus dirigentes e de seu corpo administrativo permite aprofundar tecnicamente a regulação e solucionar, com maior expertise, os problemas de cada área de mercado. Isso, em um primeiro momento, incrementa a eficiência tanto em termos de racionalidade, quanto de efetividade decisória. De outro, porém, a setorialização configura fator que induz ao insulamento, ou seja, ao afastamento das autoridades regulatórias umas das outras e ao isolamento das políticas e medidas administrativas que adotam dentro de seus restritos limites competenciais. Quando não mitigados por mecanismos de coordenação e aproximação, o insulamento é capaz de potencializar os conflitos interadministrativos, levando entes estatais a atuarem de maneira desarticulada e não raramente contraditória. É nesse cenário que o Estado se transforma em seu próprio inimigo.

Os conflitos de ordem regulatória tendem a se exacerbar ainda mais conforme maior seja a interpenetração dos objetos regulados. Exatamente por isso, o grau de conflituosidade entre agências setoriais e autoridades de regulação transversal é naturalmente superior ao grau de conflituosidade entre dois entes setorializados. As políticas transversais cruzam as competências dos entes setoriais de modo inexorável e isso dá margem a conflitos duradouros que se classificam em duas categorias: os conflitos competenciais e os conflitos decisórios materiais.

Os *conflitos competenciais* representam choques mais amplos de atribuição do poder regulatório. Como alguns objetos regulados são idênticos ou parcialmente sobrepostos, é possível que vários entes detenham poderes para discipliná-los. Na relação entre defesa da concorrência e regulação setorial, uma clássica e conhecida

tensão
mercado
poderes
a quest
de cont
Brades
de Just
dade, c
Inconfo
receber
infracor

Já
surgem
se atinj
conflito

8 Nos te
finance
inclusi
de cân
Debênt
conced
seu co

tensão competencial foi a que se instaurou entre o Banco Central, ente regulador do mercado financeiro, e o CADE. *Grosso modo*, a Lei nº 4.595/1964 conferiu ao Banco poderes privativos de controle de concentrações bancárias.⁸ O CADE, porém, passou a questionar tais poderes, inclusive judicialmente. Ao tentar fazer valer seu poder de controle de concentrações econômicas, a partir da compra do Banco BCN pelo Bradesco nos anos 1990, o Conselho ajuizou ação que chegou ao Superior Tribunal de Justiça, o qual decidiu em favor do BACEN com base no princípio da especialidade, ou seja, da predominância do poder regulatório mais limitado setorialmente. Inconformado, o Conselho recorreu ao STF, mas o relator, Ministro Dias Toffoli, não recebeu o Recurso Extraordinário nº 664.189 por entender que se trata de questão infraconstitucional, mantendo assim os efeitos da decisão do STJ abaixo ementada:

ADMINISTRATIVO - ATO DE CONCENTRAÇÃO, AQUISIÇÃO OU FUSÃO DE INSTITUIÇÃO INTEGRANTE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - CONTROLE ESTATAL PELO BACEN OU PELO CADE - CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES - LEIS 4.594/64 E 8.884/94 - PARECER NORMATIVO GM-20 DA AGU. 1. Os atos de concentração, aquisição ou fusão de instituição relacionados ao Sistema Financeiro Nacional sempre foram de atribuição do BACEN, agência reguladora a quem compete normatizar e fiscalizar o sistema como um todo, nos termos da Lei 4.594/64. 2. Ao CADE cabe fiscalizar as operações de concentração ou desconcentração, nos termos da Lei 8.884/94. 3. Em havendo conflito de atribuições, soluciona-se pelo *princípio da especialidade*. 4. O Parecer GM-20, da Advocacia-Geral da União, adota solução hermenêutica e tem caráter vinculante para a administração. 5. Vinculação ao parecer, que se sobrepõe à Lei 8.884/94 (art. 50). 6. O Sistema Financeiro Nacional não pode subordinar-se a dois organismos regulatórios. 7. Recurso especial provido. (REsp nº 1094218/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 25.08.2010, *DJe*, 12 abr. 2011)

Já os *conflitos decisórios materiais* não têm caráter tão amplo e genérico. Eles surgem nos mais diversos tipos de medidas e assuntos regulatórios, mas sem que se atinja uma discussão de conflito geral de competência. Na prática, é comum que conflitos materiais resultem:

- Da adoção, pelos entes especializados, de *medidas regulatórias setoriais com efeitos anticoncorrenciais*. Essas medidas ora são normativas, ora atos administrativos, ora atos executórios. À luz da legislação setorial, elas são

⁸ Nos termos do art. 10, X, compete privativamente ao Banco Central conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam: a) funcionar no País; b) instalar ou transferir suas sedes, ou dependências, inclusive no exterior; c) *ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas*; d) praticar operações de câmbio, crédito real e venda habitual de títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, ações Debêntures, letras hipotecárias e outros títulos de crédito ou mobiliários; e) ter prorrogados os prazos concedidos para funcionamento; f) alterar seus estatutos; g) *alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário* (g.n.).

legais. Há legalidade técnica. No entanto, seus efeitos são anticoncorrenciais e, por isso, elas esbarram na legislação de defesa da concorrência e em valores protegidos por normas constitucionais regentes da ordem econômica. Exemplos de medidas concorrenciais representam os atos normativos de entes reguladores que geram privilégios de competição para alguns agentes ou que viabilizam o abuso do poder dominante por outros. São também exemplos editais de licitações que contenham discriminações indevidas ou favoreçam a atuação de cartéis em prejuízo da livre competição e da busca do melhor negócio pelo Estado.

- Da defesa, pelos entes setoriais, de concentrações econômicas entre agentes de mercado em detrimento do bom funcionamento da concorrência. Muitas vezes, é comum que as agências setoriais tenham interesse em fortalecer a criação de grandes empresas, ou “campeões nacionais”, sobretudo para que o país ganhe espaço na competição internacional, para que fortaleça sua posição na produção de tecnologia ou para que outros objetivos sejam atingidos, como o relativo à disseminação e melhoria de grandes infraestruturas no território brasileiro.

5 A nova LDC mitiga tais conflitos? Como?

A Lei nº 12.529/2011 operou uma pequena “revolução” no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, mas não sobre o direito econômico e sim sobre a estruturação e as formas administrativas de ação desse sistema.⁹ Incontáveis foram as modificações organizacionais e processuais, as quais se referem: “1) ao fortalecimento e à ampliação orgânica do CADE; 2) à redução do papel da SEAE basicamente a atividades de prevenção geral (*i.e.* educativas, científicas etc.); 3) à (pretensa) limitação do papel do Ministério Público nos processos concorrenciais, concentrando-se sua função na atividade repressiva; 4) à consolidação do Departamento de Estudos Econômicos (DEE) como órgão técnico de apoio, sobretudo na instrução e em relação a questões econômicas; 5) à substituição do Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE) da antiga Secretaria de Direito Econômico (SDE) pela Superintendência-Geral (SG), como órgão do CADE e não do Ministério da Justiça; 6) ao incremento da base legal dos poderes instrutórios do CADE, exercidos em regra pela SG; 7) à reclassificação dos processos administrativos concorrenciais em geral, estipulando-se novas regras procedimentais; 8) à transformação dos processos administrativos de controle de concentrações, entre outras coisas, mediante a regra da

⁹ A marca administrativa da Lei que rege o SBDC é inegável, tanto que autores costumam apontá-la como uma verdadeira lei de processo administrativo setorial. É o caso de MOREIRA, Egon Bockmann. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e o devido processo legal. *RDPE*, v. 40, p. 129, 2012.

aprovaçã
sistema
modifica
nição m
cálculo d
recursos
Cor
tos inter
entes do
impacto
A re
dor const
ção que,
concorrê
mação é

- A
S
d
a
a
a
e
s
a
co
p
a
co
pi
re
- A
D
co
pi

¹⁰ MARRARA
Taufick, a
equivale a
CADE. Cf.
¹¹ Art. 9º, §3º
economia

aprovação prévia, a permissão de julgamentos de casos mais simples pela SG em um sistema de duas instâncias e a modificação dos tipos de acordo administrativo; 9) às modificações do processo administrativo sancionador, por exemplo, mediante a definição mais clara dos objetivos de cada tipo processual, a alteração dos critérios de cálculo da sanção e alterações na disciplina jurídica dos acordos; e 10) ao reforço dos recursos humanos da agência em favor de seu bom funcionamento administrativo”.¹⁰

Como, porém, a ampla reforma administrativa impactou a dinâmica dos conflitos interadministrativos entre a política de defesa da concorrência executada pelos entes do SBDC e as políticas setoriais conduzidas por várias agências? Existe algum impacto real da nova Lei sobre o problema que move essas reflexões?

A resposta é positiva. De propósito ou não, ao estruturar a nova LDC, o legislador construiu vários mecanismos inovadores de cooperação, coordenação e participação que, a toda evidência, servirão para mitigar o potencial conflitivo entre defesa da concorrência, como espécie de regulação transversal, e regulação setorial. Essa afirmação é facilmente evidenciada pela enumeração desses mecanismos, quais sejam:

- *A função comunicativa, participativa e diretiva* assumida principalmente pela SEAE na busca de prevenção geral de medidas nocivas ao bom funcionamento da concorrência. A partir dessa competência para a “advocacia concorrência”, a Secretaria hoje está autorizada a preparar estudos científicos e divulgá-los ao mercado e à sociedade; a interagir com outros entes públicos, sobretudo agências, mediante manifestações em audiências e consultas públicas por elas realizadas como etapa preparatória para a expedição de atos normativos setoriais ou atos concretos; bem como a expressar opiniões, de ofício ou a pedido, sobre medidas governamentais que possam ter impacto na concorrência, como um edital de grande licitação, uma autorização setorial para construção de infraestrutura, uma outorga de serviço ou bem público a particulares etc. Não bastasse isso, à SEAE também se conferiu função corretiva, que lhe permite oferecer representações diante de outros órgãos públicos para apontar problemas concorrenciais em sua atuação e, mais, a recomendar boas práticas.
- *A cooperação obrigatória na condução de processos administrativos no CADE.* De acordo com a LDC/2011 (art. 9º, §3º), as agências estão obrigadas a cooperar com a autoridade concorrential, inclusive mediante a oferta de pareceres e informações técnicas em sua área de competência.¹¹

¹⁰ MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015. item 3.1. Para Taufick, a estrutura do SBDC assemelhou-se à da Federal Trade Commission dos Estados Unidos. O DEE equivale ao Bureau of Economics; a SG ao Bureau of Competition e a Comissão ao Tribunal Administrativo do CADE. Cf. TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira*. São Paulo: Método, 2012. p. 29.

¹¹ Art. 9º, §3º. As autoridades federais, os diretores de autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista federais e agências reguladoras são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda

- O *poder de representação por ilícitos concorrenciais* diretamente ao CADE.¹² Nesse caso, é a agência que busca evitar certos conflitos decorrentes dos comportamentos de agentes de mercados sujeitos ao seu poder regulatório ao apresentar denúncia perante o CADE. A princípio, tais comportamentos sequer necessitam ser ilícitos diante da política setorial. Para agir como denunciante, basta que a agência verifique que o comportamento econômico, embora lícito no campo setorial, traga consequências indevidas ao funcionamento do mercado. Ao fazê-lo de modo voluntário, o regulador estará buscando o apoio técnico do CADE para adequar comportamentos primariamente setoriais à defesa concorrencial.
- O *poder recursal no processo autorizativo* de concentrações econômicas. A partir de 2011, o órgão de instrução obteve poder de aprovar concentrações mais simples, desde que o faça sem restrições. Isso significa que a própria Superintendência poderá expedir autorizações sem que o processo chegue ao Tribunal Administrativo do CADE. Contra essa decisão da SG, pode qualquer agência interpor recurso administrativo ao Tribunal. Por meio desse instrumento, a agência tem portanto a possibilidade de solicitar a harmonização da postura das autoridades de defesa da concorrência com as políticas setoriais.¹³
- A *possibilidade de intervenção no processo concorrencial*. Para além dos instrumentos de representação e recursos mencionados, a LDC autoriza a intervenção de qualquer agência reguladora nos processos administrativos concorrenciais, preventivos ou autorizativos, desde que o objeto desses processos esteja relacionado com o âmbito de competência da agência e desde que a autoridade antitruste considere a participação de terceiros relevante. Aqui, a agência assume a postura de assistente e poderá tanto se manifestar a favor dos agentes de mercado, quanto contra eles.
- A realização de *consulta sobre dúvidas concorrenciais*. Ainda que a LDC não seja explícita e detalhada no tratamento da consulta,¹⁴ fato é que

a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo CADE, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência.

¹² Art. 66, §6º. A representação de Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, bem como da Secretaria de Acompanhamento Econômico, das agências reguladoras e da Procuradoria Federal junto ao Cade, independe de procedimento preparatório, instaurando-se desde logo o inquérito administrativo ou processo administrativo.

¹³ Art. 65. No prazo de 15 (quinze) dias contado a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração, na forma do inciso I do caput do art. 54 e do inciso I do caput do art. 57 desta Lei: I - caberá recurso da decisão ao Tribunal, que poderá ser interposto por terceiros interessados ou, em se tratando de mercado regulado, pela respectiva agência reguladora.

¹⁴ Nos termos do art. 9º, §4º, o Tribunal poderá responder consultas sobre condutas em andamento, mediante pagamento de taxa e acompanhadas dos respectivos documentos. Já o §5º dispõe que o Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre o procedimento de consultas previsto no §4º deste artigo.

este instrumento preventivo não serve apenas a agentes de mercado. Muito pelo contrário. Na legislação atual, o Tribunal tem competência para responder consultas sobre condutas em andamento. Por impedir consultas sobre comportamentos em tese ou potenciais, a lei naturalmente afastou o interesse dos agentes de mercado pelo instrumento, na medida em que ele poderia servir como canal indireto de confissão de práticas infrativas. Isso não exterminou, contudo, toda a utilidade do mecanismo. A consulta, no silêncio da legislação, pode ser empregada perfeitamente por outros entes estatais que queiram esclarecer dúvidas sobre condutas em andamento e isso vale para favorecer agências no tocante a comportamentos seus ou de seus regulados no âmbito de sua especialidade.

6 Conclusão: todos os problemas resolvidos?

A evolução histórica das demandas sociais e econômicas e o consequente incremento do tamanho e das funções estatais levou a um cenário arriscado. Cada dia é maior a chance de que os próprios entes públicos entrem em choque, prejudiquem ou destruam suas próprias políticas e medidas por meio de posturas isoladas, incoerentes e contraditórias. A complexidade organizacional e funcional torna o Estado um risco para ele mesmo. É isso que os conflitos entre políticas regulatórias e a defesa da concorrência exemplificam.

Para se compreender esse cenário, de modo sucinto, neste breve estudo, buscou-se mostrar como se formou o modelo de regulação setorial no âmbito federal e como evoluiu a política de defesa da concorrência como espécie de regulação transversal. Em seguida, tratou-se dos conflitos competenciais e dos conflitos materiais entre essas formas de ação estatal contemporâneas e mostrou-se como a nova Lei de Defesa da Concorrência, ainda que sem a intenção explícita do legislador, acabou solidificando seis mecanismos para preveni-los ou mitigá-los.

Todos esses seis mecanismos – desde a cooperação instrutória obrigatória das agências nos processos concorrenciais até o uso da consulta e de recursos administrativos pelas agências – representam inegável avanço na conciliação da execução de políticas estatais. Aos poucos, a legislação tem oferecido à Administração Pública uma gama crescente de mecanismos de diálogo, cooperação e coordenação fundamentais à superação dos choques interadministrativos. No entanto, nem tudo está resolvido.

Para futuras reflexões sobre tensões e conflitos entre defesa da concorrência e regulação setorial, dois desafios precisam ser mencionados.

O primeiro é mais antigo e decorre da falta de capilaridade do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência no Brasil. Como dito, este sistema se concentra na União e, mais especificamente, desenvolve-se pela ação de uma autarquia especial e um

órgão ministerial. Não há dúvidas de que, para um país continental com a sétima maior economia mundial, uma organização administrativa assim enxuta seja incapaz de dar conta de toda problemática concorrencial e, mais especificamente, de promover o diálogo com todos os reguladores. Afinal, aquilo que se chama de regulador não se esgota nas agências federais. Existem entes estaduais e municipais de regulação setorial. Fora isso, há entes variados de regulação transversal, como o SISNAMA, e entes de regulação indireta, de que são exemplos os Ministérios Públicos e os Tribunais de Contas, entidades que diariamente influenciam a execução de políticas públicas pelo Executivo. A harmonização da defesa da concorrência com todos esses tipos de reguladores é um problema antigo que, infelizmente, a LDC de 2011 ainda não foi capaz de resolver de modo satisfatório.

Fora isso, há um novo desafio. Com a nova legislação, o CADE ganhou muito mais autonomia diante da Administração Direta. Fala-se isso porque, no modelo da Lei de 1994, o Conselho atuava como autarquia, mas se sujeitava à influência inenarrável do Ministério da Justiça pelo fato de que a Secretaria de Direito Econômico, órgão do MJ, era competente por abrir e instruir processos preventivos e repressivos. Ora, como a SDE era o próprio Ministério, de algum modo, ela servia para promover a coordenação política da Administração Direta com a Administração Indireta, à qual pertence o CADE. Hoje, contudo, a SDE deixou de existir. O cordão umbilical foi cortado. O novo CADE transformou-se no SuperCADE, pois absorveu as competências da SDE por meio da sua Superintendência Geral. Com isso, naturalmente, o poder de supervisão e coordenação ministerial perdeu um importante canal, o que agrava o risco de insulamento em sua atuação e eleva a potencialidade de tensões com políticas setoriais do governo. Eis um segundo desafio, esse sim mais recente, que se deixa para reflexões futuras sobre o tema.

Competition Policy vs. Sectoral Regulation: What Has Changed After 2011 Competition Act?

Abstract: Public Administration reform initiatives ignited during the 1990s caused intensive impact on administrative organization and on public functions. In this context, the strengthening of sectorial regulation, based on federal regulatory agencies, frequently clashes with transversal public policies, such as competition defense policies carried on by federal government. This article aims at debating how such type of administrative legal disputes may be prevented or brought to an end with help of new mechanisms provisioned by Federal Act 12.529/2011, best known as New Competition Defense Act (LDC).

Key words: Brazilian Competition Defense System. Regulation. Inter-administrative disputes. Federal Act 12.529/2011.

Referências

BAGNOLI, Vicente. Comentários à LDC. In: CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques *et al.* *Nova Lei de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Desenvolvimento e crise no Brasil*. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- BURINI, Bruno Corrêa. *Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial: perspectiva instrumentalista*. Doutorado (Tese) – USP, 2010.
- CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques *et al.* *Nova Lei de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- COSTA, Maurício de Moura. *Le droit brésilien de la concurrence*. Lille: ANRT, 1996. t. II.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na Administração Pública*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: Gen, 2012.
- GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: RT, 2014. v. 4: Funções administrativas do Estado.
- MARRARA, Thiago (Org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.
- MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015.
- MOREIRA, Egon Bockmann. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e o devido processo legal. *RDPE*, v. 40, 2012.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira*. São Paulo: Método, 2012.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARRARA, Thiago. Defesa da concorrência x regulação setorial: o que mudou com a lei de 2011?. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 245-261, abr./jun. 2015.

Recebido em: 1º.04.2015
Aprovado em: 30.04.2015