Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 17 – fevereiro/março/abril - 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

# A ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA COMO ESTRATÉGIA PARA REDUÇÃO DO IMPACTO ANTICOMPETITIVO DA REGULAÇÃO ESTATAL

***Prof. Eduardo Ferreira Jordão***

*Doutorando em Direito Público pelas Universidades de Paris (Panthéon-Sorbonne) e de Roma (La Sapienza), em co-tutela; Master of Laws (LL.M) pela London School of Economics and Political Science (LSE); Mestre em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP); Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).*

**SUMÁRIO:** 1. O objetivo e a estrutura deste artigo. 2. As principais características da atividade de advocacia da concorrência. 2.1. A complementaridade à aplicação repressiva do direito antitruste. 2.2. O seu efeito anticaptura. 2.3. A titularidade das competências relativas à advocacia da concorrência. 3. A advocacia da concorrência no direito estrangeiro. 3.1. Estados Unidos. 3.2. União Européia. 4. A advocacia da concorrência no direito brasileiro. 4.1. As competências atribuídas ao CADE. 4.2. As competências atribuídas à SDE e à SEAE. 4.3. A reforma do SBDC e a advocacia da concorrência. 5. A avaliação dos resultados da advocacia da concorrência. 6. Conclusão.

**RESUMO:** Este artigo examina as potencialidades e os limites da advocacia da concorrência, uma das técnicas para a redução das restrições regulatórias à competitividade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Advocacia da concorrência; Competition advocacy; Regulação anticompetitiva; antitruste; restrição da concorrência.

## 1. O OBJETIVO E A ESTRUTURA DESTE ARTIGO.

Tradicionalmente, o direito antitruste preocupa-se de forma prioritária (e quase exclusiva) com restrições concorrenciais de origem *privada* – i. e. concentrações empresariais e condutas anticompetitivas, como a predação ou a colusão.[1] É fato, entretanto, que limitações concorrenciais semelhantes ou ainda

[1] A própria referência a um "direito antitruste", termo prevalecente nos Estados Unidos, é reveladora desta tendência. Demonstra que a preocupação principal estaria em prevenir os "trustes", que correspondem a largas corporações industriais ou comerciais de natureza privada. A alusão a um "direito concorrencial", mais comum nos países europeus, indica preocupação mais ampla com a competitividade. Sobre esta tendência privatista, v. Stéphane DESTOURS, *La soumission des personnes publiques au droit interne de la concurrence*, Paris, Litec, 2000, p. 14:

mais intensas podem advir de ações estatais, em especial das medidas regulatórias. A regulação pode, por exemplo, (i) erigir barreiras à entrada e à saída do mercado; (ii) estabelecer vantagens competitivas artificiais para produtores específicos; (iii) promover assimetrias informacionais; (iv) impedir a concorrência em determinados aspectos dos produtos; (v) impor custos financeiros e de gestão que poderão retirar recursos das atividades mais produtivas e dos investimentos; (vi) influir na escolha tecnológica; (vii) comprometer a flexibilidade e a liberdade empresarial; (viii) reduzir a produção; e (ix) promover a elevação de preços dos bens e serviços.[2] Disto resulta que uma política antitruste focada exclusivamente nas ações privadas é incompleta e não resolve de forma satisfatória o problema das violações à competitividade, apenas dita de que *forma* elas se darão.[3]

---

*"D'une part, la matière même de la concurrence, qui touche à la compétition économique fondée sur les échanges de biens et de services, est d'ordre principalement commercial. D'autre part, les interventions de l'État, liées aux idées de contrainte, de prérogatives, de monopole, semblent en contradiction avec les principes de la libre concurrence"*. Na França, a aplicação das regras de proteção à concorrência também ao setor público deu ensejo à criação do "Droit Public de la Concurrence" (v., a propósito, Jean Philippe COLSON, *Droit public économique*, 3. ed., Paris, LGDJ, 2001, p. 447).

[2] Cf. George BERMANN, "Regolazione e liberalizzazione dei mercati: un'analisi comparativa", in Giuseppe TESAURO e Marco D'ALBERTI (coord.), *Regolazione e concorrenza.* Bologna, Il Mulino, 2000, p. 34. Não se deve pensar, contudo, que toda regulação estatal possui efeitos anticompetitivos. Este raciocínio decorreria de uma indevida identificação do *processo concorrencial* com a *concorrência livre*. Em muitas circunstâncias, a liberdade concorrencial (no sentido de autonomia às intervenções estatais) significa o exato oposto do ambiente efetivamente concorrencial (a propósito, vejam-se as considerações de Eros Roberto GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 181 e ss.). É bastante imaginar os casos de monopólios naturais. Nestas hipóteses, a regulação, embora intervenha na "livre concorrência" (no "livre mercado"), fá-lo com fins e efeitos pró-concorrenciais, promovendo a efetiva competitividade, como no caso do estabelecimento da *yardstick competition*. Semelhantes efeitos pró-concorrenciais se atingem por meio da determinação pública de ampla divulgação informacional, característica marcante da regulação dos mercados financeiros, por exemplo. A indução à concorrência é mesmo apontada por alguns autores como o aspecto essencial da moderna regulação. V, por exemplo, Gaspar ARIÑO ORTIZ, *La regulación econômica*: teoria y práctica de la regulación para la competencia, Buenos Aires: Ábaco, 1996.

[3] Especialmente, mas não exclusivamente, porque se gera um incentivo para que a empresa interessada na restrição concorrencial busque este objetivo através da pressão por regulação (lobby). A influência privada nas emissões estatais substitui as ações empresariais diretas, podendo até mesmo produzir efeitos anticoncorrenciais mais duradouros e menos custosos. Neste sentido, Timothy J. MURIS adverte que *"attempting to protect competition by focusing solely on private restraints is like trying to stop the flow of water at a fork in a stream by blocking only one of the channels. Unless you block both channels, you are not likely to even slow, much less stop, the flow. Eventually, all the water will flow toward the unblocked channel. The same is true of antitrust enforcement. If you create a system in which private price fixing results in a jail sentence, but accomplishing the same objective through government regulation is always legal, you have not completely addressed the competitive problem. You have simply dictated the form that it will take. Let me restate the point in the form of a competition policy theorem: as a competition system achieves success in attacking private restraints, it increases the efforts that firms will devote to obtaining public restraints"* (in "State intervention/State Action: a U.S. perspective", in Barry HAWK (ed.), *International Antitrust Law & Policy*: Fordham Corporate Law 2003, New York : Juris, 2003, p. 518).

Contrariando a tendência *privatista* apontada acima, este artigo cuida das restrições concorrenciais que resultam da regulação estatal.[4] O "impacto anticompetitivo" da normatização da economia constitui a origem do interesse científico. A dificuldade deriva de que a limitação à concorrência promovida pela regulação não é necessariamente negativa; pode, é verdade, servir à realização de objetivos sociais que não se consagram através do processo concorrencial. O afastamento da competitividade pode ser resultado (ou condição) de determinada política pública.

De todo modo, ainda nestes casos, as restrições à concorrência deveriam limitar-se àquilo que é estritamente necessário para a consecução destes objetivos sociais antes mencionados. É dizer: não se justifica a limitação da competitividade dos mercados para além destes limites. Lamentavelmente, no entanto, a realidade não corresponde a esta diretriz teórica. Muitas limitações concorrenciais veiculadas na regulação pública ou não visam à realização de qualquer interesse social constitucionalmente protegido ou excedem o necessário para a realização destas finalidades relevantes.[5] Por esta razão, é importante cogitar de estratégias que minimizem o impacto anticompetitivo da regulação estatal, reduzindo-o àquilo que seja essencial para a consecução de interesses sociais. Algumas das estratégias mais evidentes podem ser aqui mencionadas: (i) a anulação judicial da restrição regulatória da concorrência; (ii) a repressão ao lobby por regulação restritiva da concorrência com base no direito antitruste; e (iii) a repressão às condutas empresariais anticompetitivas respaldadas na regulação que limita a concorrência.[6]

Este trabalho está consagrado ao exame de uma técnica adicional para enfrentar o impacto anticompetitivo da regulação estatal. Será analisada a "advocacia da concorrência", atividade de cooperação institucional de natureza

---

[4] Adota-se aqui o conceito amplo de regulação proposto por Alexandre dos Santos ARAGÃO, para quem *"a regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis"* (in *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 37).

[5] Perceba-se que o interesse prático no exame do impacto anticompetitivo da regulação estatal vai além das preocupações relativas à emissão de regulações exclusivamente voltadas à proteção dos interesses econômicos da indústria regulada contra as pressões concorrenciais (captura do regulador). Mesmo quando estas ações estatais se tenham produzido com "propósitos públicos", a desatenção ou o descompromisso com os seus efeitos no processo concorrencial poderá ser problemática: (i) para as empresas reguladas, em razão do risco de violação excessiva das liberdades privadas, escudadas detrás de argumentos genéricos de persecução de finalidades sociais; (ii) para os consumidores, por causar o aumento dos preços e a limitação de suas escolhas; (iii) para o próprio governo, que sofrerá o ônus político destas insatisfações.

[6] Os limites e as potencialidades de cada uma dessas estratégias foram examinados na dissertação de mestrado do autor: v. Eduardo Ferreira JORDÃO, *O impacto anticompetitivo da regulação estatal*, Universidade de São Paulo, *mimeo*, 2008. O trabalho será publicado em breve pela Editora Fórum.

persuasiva (não repressiva) promovida pelas autoridades protetoras da concorrência.[7]

A exposição está organizada da seguinte forma. Importará, de início, examinar as principais características da advocacia da concorrência e o seu potencial para ampliar a proteção concorrencial (item 2). Posteriormente, seguirá um brevíssimo relato da experiência estrangeira, com referência aos casos americano e europeu (item 3). Será então a oportunidade de analisar a advocacia da concorrência no contexto brasileiro (item 4). Após a leitura das atribuições legislativas atuais e das competências nela estatuídas, valerá prosseguir com a análise das alterações prometidas no projeto de lei que reforma o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Finalmente, caberão algumas observações críticas sobre as limitações desta atividade e as possíveis formas de otimizá-la (item 5).

## 2. AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA ATIVIDADE DE ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA.

O termo advocacia da concorrência (derivado do inglês, "competition advocacy") é utilizado para referir às ações empreendidas (em geral) pelas entidades de defesa da concorrência para divulgar a filosofia concorrencial. Revela-se sob as mais distintas formas, desde atuações informais como correspondências, divulgação de estudos e pronunciamentos em fóruns, congressos e seminários, até ações mais formais, como a participação no processo decisório de alguma agência reguladora ou a intervenção em processos judiciais como *amicus curiae*.[8] Seu objetivo é duplo: (i) difundir na sociedade civil os valores relacionados à competitividade; e (ii) persuadir entidades governamentais a atuarem de modo amigável aos princípios da concorrência e evitarem medidas que lhes sejam desnecessariamente lesivas.[9] Neste segundo caso, a idéia é fazer valer a experiência e a especialização da entidade em questões ligadas à defesa da concorrência, ajudando os agentes políticos a entender o impacto econômico de suas decisões, antes de as promoverem. É cogitável, afinal, que tal impacto seja desnecessário para a consecução dos fins

[7] Usa-se igualmente a expressão "promotor da concorrência" para referir ao órgão responsável por esta função, e "promotoria da concorrência" para a atividade. Neste artigo, contudo, as expressões advogado e advocacia da concorrência serão utilizadas de forma prevalente.

[8] Cf. Timothy J. MURIS, "Creating a culture of competition: the essential role of competition advocacy", *Panel on competition advocacy & Antitrust authorities*, Naples, Italy, disponível online em http://www.ftc.gov/speeches/muris/020928naples.htm (acesso em 26/12/2006).

[9] É conhecido o conceito elaborado pelo Grupo de Trabalho 04 da International Competition Network – ICN, encarregado de debater este tema: *"Competition advocacy refers to those activities conducted by a competition authority related to the promotion of a competitive economic environment by means of non-enforcement mechanisms, mainly through its relationships with other governmental entities and by increasing public awareness of the benefits of competition"* (in Sub-group 4 of the Capacity Building & Competition Policy Implementation - CBCPI. Competition advocacy on regulated sectors: examples of success. *International competition network, 2004 Annual Conference*, Seul, Korea. Disponível em: http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_3rd_seoul_2004/capacity build_sg4_seoul.pdf, Acesso em: 13/11/2007.

públicos visados, que se poderiam realizar por vias menos prejudiciais à concorrência.[10]

(a) 2.1. A complementaridade à aplicação repressiva do direito antitruste.

A advocacia da concorrência se contrapõe (e é adicional) ao procedimento contencioso de aplicação do direito antitruste (*enforcement,* no inglês). Apresenta, aliás, algumas vantagens em relação a este último. Ambos visam à manutenção ou promoção do ambiente concorrencial, mas a advocacia da concorrência pode atingir este objetivo de forma mais eficiente e menos custosa.[11]

Em primeiro lugar, porque determinadas condutas fogem à aplicação repressiva do direito antitruste, por gozarem de imunidade decorrente de previsão legal expressa ou por se enquadrarem nos pressupostos de doutrinas imunizantes freqüentemente aplicadas pelo CADE, como a *State Action Doctrine*. Nestes casos, a atuação persuasiva da advocacia da concorrência é a única forma de enfrentar o problema concorrencial, evitando a elaboração destas regulações anticompetitivas ou propondo-lhes a alteração, quando já promulgadas.

Ainda do ponto de vista da abrangência, a advocacia da concorrência atinge também (e ao contrário do *enforcement* do direito antitruste) o chamado "soft-law", progressivamente usado pelos reguladores como alternativa às formas de comando e controle.[12]

---

[10] George BERMANN denomina este fenômeno de "onerosità regolamentare", *"che si ha quando le restrizioni sono inutili ed indebite"*. Ainda nas suas palavras: *"La regolazione può essere onerosa per la sua forma. Perciò, per esempio, può essere indebitamente complessa, ambigua, incoerente o scarsamente accessibile – in breve: non trasparente – o può comportare un'eccesiva burocrazia. Per tali tipologie di oneri, i rimedi generalmente proposti sono la semplificazzione, lo snellimento delle procedure ed un più agevole accesso alle stesse. La regolazione può, inoltre, essere onerosa a causa dei suoi contenuti. La regolazione potrebbe, infatti, imporre costi opportunità e di ottemperanza che superano il bene pubblico che si consegue o imporre maggiori costi opportunità e di ottemperanza rispetto a quelli che si potrebbero avere con una regolazione alternativa meno drastica, ovvero essa potrebbe essere inutilmente rigida (nel senso di essere inutilmente dettagliata e coattiva)"* (in "Regolazione e liberalizzazione dei mercati: un'analisi comparativa", in Giuseppe TESAURO e Marco D'ALBERTI (coord.), *Regolazione e concorrenza.* Bologna, Il Mulino, 2000, p. 34).

[11] Ver, a propósito, James C. COOPER *et alli*, "Theory and practice of competition advocacy at the FTC", *Antitrust Law Journal*, Vol. 72, No. 3, 2005, p. 1111; e Timothy J. MURIS, "State intervention/State Action: a U.S. perspective", in Barry HAWK (ed.), International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2003, New York : Juris, 2003, p. 517.

[12] Na definição de Antonio LA SPINA e Giandomenico MAJONE, o "Soft Law" refere-se *"a dichiarazioni il cui intento è normativo (nel senso di volto a influenzare la condotta dei destinatari), il più delle volte adottate da pubbliche amministrazioni o da organizzazioni internazionali, ma definite (spesso dai loro stessi autori) come carenti di una piena forza giuridica vincolante, anche perchè spesso consistenti nella racommandazioni o indizacione di un corso d'azione come auspicabile, senza che la mancata adesione da parte dei destinatari generi in capo ad apposite autorità l'obbligo di far seguire una sanzione prestabilita"* (in *Lo Stato Regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000). Sobre a problemática questão do controle do *soft Law*, v. Pierre-Alain JEANNENEY, "Le régulateur producteur de droit", Marie-Anne FRISON-ROCHE (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 47-49. O argumento deste autor é que o uso do *soft-law* aumenta consideravelmente os poderes formais de que dispõem os reguladores. Na mesma coletânea, conferir também as observações de Martine LOMBARD, "La

Mais: comparada com a aplicação repressiva do direito antitruste, a advocacia da concorrência, não contenciosa, é bastante menos custosa. Ao invés de promover-se todo um processo administrativo, poderá bastar uma simples correspondência informal para evitar resultados indesejados.

Além disso, a divulgação de estudos de impactos anticompetitivos da regulação estatal pode acabar repercutindo amplamente, em diferentes setores da economia, enquanto uma ação antitruste produz efeitos pontuais e limitados.

Em quinto lugar e finalmente, por freqüentemente ter lugar *antes* da elaboração da regulação anticompetitiva, ao contrário da aplicação do direito antitruste, os efeitos da atuação como advogado da concorrência podem se sentir mesmo antes de que se produzam efeitos negativos para os consumidores e os concorrentes.

Estas cinco razões sugerem ser a advocacia da concorrência uma das mais efetivas formas de garantir o respeito às normas concorrenciais e uma alternativa bastante valiosa ao *enforcement* do direito antitruste. Vai daí a necessidade de valorizá-la e estudá-la.

(b) 2.2. O seu efeito anticaptura.

Ainda a propósito dos benefícios da atividade de advocacia da concorrência, é fundamental referir ao seu potencial anticaptura.[13]

Economistas ligados à Escola de Chicago demonstraram que as empresas reguladas são mais eficazes que os consumidores na tarefa de influenciar o Estado (capturá-lo) para atuar em seu favor.[14] Em primeiro lugar, porque

---

régulation dans un État de droit", in Marie-Anne FRISON-ROCHE (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Dalloz, 2004, p. 32-33.

[13] Embora se faça referência específica, aqui, à captura por parte da indústria regulada, é evidente que a Advocacia da Concorrência também produz a diminuição do risco de captura política do regulador (influência governamental de viés populista sobre o regulador, por exemplo).

[14] A referência é à chamada "Teoria da Regulação Econômica", que teve início com um artigo em que George J. STIGLER aplica a racionalidade econômica às condutas políticas, assumindo que os agentes políticos são, eles também, maximizadores de seu próprio interesse pessoal. Portanto, poderiam os grupos de interesse influenciar as suas ações ao satisfazer os seus interesses (v. "The Theory of Economic Regulation", *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1., 1971, pp. 3-21). A teoria ganhou elaborações mais precisas posteriormente, com as contribuições aportadas em Sam PELTZMAN, "Toward a more general Theory of Regulation", *Journal of Law and Economics*, Vol. 19, No. 2, Conference on the Economics of Politics and Regulation, 1976, pp. 211-240; e Gary BECKER , "A Theory of competition among pressure groups for political influence", *The Quarterly Journal of Economics*, v. 98, n. 3, 1983, pp. 371-400. Fundamentalmente, estes dois autores adicionam à análise de STIGLER o aspecto de equilíbrio ou dinamismo: a cada conquista de um grupo de interesse no mercado político, a situação se altera, abrindo espaço para novas e diferentes transformações do *status quo*. De acordo com BECKER: *"… a change in the influence of any group that affects its taxes and subsidies must affect the subsidies and taxes, and hence the influence, of other groups. Therefore, groups do not entirely win or lose the competition for political influence because even heavily taxed groups can raise their influence and cut their taxes by additional expenditures on political activities. This contrasts with the all-or-nothing outcomes implied by many other formal models of political behavior, where the "majority" clearly wins and the "minority" clearly loses".*

interesses compactos e organizados tendem a prevalecer sobre interesses difusos em disputas políticas, tendo em vista o menor custo de sua mobilização. Isso importa uma tendência a que os interesses das empresas reguladas prevaleçam sobre aqueles dos consumidores na "competição pela regulação".[15] Em segundo lugar, tomada a regulação como um bem adquirível no mercado político, há uma tendência a que ela seja obtida pelo grupo que a valorar mais intensamente – e este é o caso das empresas reguladas, afetadas de um modo geralmente mais intenso e concentrado pelas políticas regulatórias do que a massa de consumidores.[16]

Desta maneira, é de se esperar que elas consigam impulsionar a produção de regulações anticompetitivas, que protejam os seus interesses particulares (afastando pressões concorrenciais, por exemplo) e ameacem o bem-estar dos consumidores.

A atribuição de um orçamento a uma entidade pública específica para o desempenho da advocacia da concorrência poderia ajudar a corrigir esta falha do "mercado político". O advogado da concorrência atuaria, então, em favor destes grupos cujos custos de organização e informação são proibitivos, contribuindo a fazer valer também os seus interesses e a contrapor a força da atuação política da indústria regulada.[17]

É possível apontar três conseqüências da atuação do advogado da concorrência no processo político.[18] Primeiro, e bastante simplificadamente, pode ser que os fundamentos técnicos de um estudo da entidade de defesa da concorrência convençam os agentes políticos de que determinada regulação proposta restringe demasiadamente a competição, não sendo a sua aprovação do interesse público. Segundo, este estudo pode servir como cobertura política para que se adotem posições contra indústrias favorecidas: a atuação da entidade de defesa da concorrência torna mais fácil – torna politicamente menos oneroso – para um dado agente político negar-se a agir em favor desta indústria. Finalmente, ao informar os consumidores dos modos em que uma regulação proposta poderá afetá-los, o advogado da concorrência pode encorajar atuações políticas (manifestações, reclamações) que elevem o custo político de aprovar

[15] Sam PELTZMAN, Michael E. LEVINE e Roger G. NOLL, "The Economic Theory of Regulation after a decade of deregulation", *Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics*, 1989, p. 14.
[16] Estudos de setores regulados nos Estados Unidos demonstraram que as medidas regulatórias públicas em geral promovem os interesses da indústria regulada. Ver, a propósito, Thomas Gale MOORE, "The beneficiaries of trucking regulation", *Journal of Law and Economics*, v. 21, n. 2, 1978, pp. 327-343; William A. JORDAN, "Producer protection, prior market structure and the effects of government regulation", *Journal of Law and Economics*, v. 15, n. 1, 1972, pp. 151-176.
[17] Simon J. EVENETT, "Competition Advocacy: time for a rethink?", 26 *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2005-2006, p. 498. Não por acaso, o programa de advocacia da concorrência da FTC, nos Estados Unidos, chama-se: "The Federal Trade Commission's competition *and consumer* advocacy program".
[18] Adota-se, aqui, a exposição de James C. COOPER *et alli*, "Theory and practice of competition advocacy at the FTC", *Antitrust Law Journal*, Vol. 72, No. 3, 2005, p. 1102.

esta regulação anticompetitiva. Há, em todos estes casos, um ganho de transparência e *accountability* do regulador.[19]

Sob uma perspectiva econômica, estas medidas produzem o efeito de *encarecer* e desencorajar o lobby que vise à restrição concorrencial. Como conseqüência da atuação do advogado da concorrência, a efetivação de interesses privados através de lobby dependerá de ainda maiores esforços privados e ainda maiores valores monetários. Em última análise, este processo implicará a elevação do *limiar de racionalidade econômica* desta atividade de lobby, o que implica a sua redução quantitativa.[20] Os benefícios são evidentes: (i) redução do total de recursos escassos da sociedade utilizados em lobbies; (ii) diminuição da probabilidade de captura do regulador.[21]

(c) 2.3. A titularidade das competências relativas à advocacia da concorrência.

A rigor, a realização das atividades inerentes à advocacia da concorrência (ou pelo menos a maioria delas) não depende de atribuição legislativa da competência correspondente. Isto porque elas não implicam a utilização de *poderes de autoridade*. Assim, podem elas até mesmo vir a ser prestadas por particulares (imagine-se, por exemplo, a criação de uma ONG para proteção da concorrência que divulgasse estudos, promovesse congressos, palestras e cursos com a finalidade de difundir a filosofia concorrencial). A atribuição legislativa deste *dever* a alguma entidade pública, contudo, garante a sua realização.

Por outro lado, o fato de a função da advocacia da concorrência caber normalmente à mesma entidade pública à qual se confia a tarefa de aplicação repressiva do direito antitruste (*enforcement*) permite economias de escala relacionadas tanto à expertise da atividade, como à obtenção custosa de informações sobre as características do mercado.[22] Diminui, ademais, os riscos de divergências entre o aplicador do direito antitruste e o advogado da concorrência, com todas as implicações de custos e de insegurança jurídica daí decorrentes. Mas produz também ganhos anticaptura, na medida em que o advogado da concorrência atua perante diferentes indústrias, não estando próxima de nenhuma delas em particular, de modo a estreitar as relações com as empresas deste setor e facilitar a sua influência na produção regulatória.[23]

---

[19] V., a propósito, as considerações de Michael KOHL, “Constitutional limits to anticompetitive regulation: the principle of proportionality”, in Giuliano AMATO e Lauraine LAUDATI (ed.), *The anticompetitive impact of regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2001, p. 424.

[20] A expressão “limiar de racionalidade econômica” é aqui utilizada para referir ao custo máximo em que a empresa regulada admitiria incorrer para ver consagrado o seu interesse na medida regulatória estatal. A partir deste limiar, não seria mais justificável empreender o lobby privado, pois os benefícios econômicos dele decorrentes não superariam os custos incorridos.

[21] Simon J. EVENETT, "Competition Advocacy: time for a rethink?", 26 *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2005-2006, p. 498.

[22] Neste sentido, veja-se abaixo o relato do Caso Denatran, cuja investigação se iniciou a partir de informações obtidas em casos conexos de aplicação contenciosa do direito antitruste.

[23] Cf. o relatório do Grupo de Trabalho 04 da International Competition Network – ICN: Sub-group 4 of the Capacity Building & Competition Policy Implementation - CBCPI. Competition advocacy on regulated sectors: examples of success. *International competition network, 2004 Annual Conference*, Seul, Korea.

## 3. A ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA NO DIREITO ESTRANGEIRO.

A seguir, expõem-se brevemente as experiências americana e européia de advocacia da concorrência. Nestas duas jurisdições, a atividade é bastante valorizada, havendo mesmo uma tendência à sua ênfase crescente.

(d) 3.1. Estados Unidos.

O fundamento legal da advocacia da concorrência, no direito americano, reside na Seção 6, § 46, do *Federal Trade Commission Act*, que confere a esta entidade a função de conduzir estudos e relatórios relacionados à defesa do consumidor e da concorrência e a problemas que afetem a economia americana.

Embora seja possível apontar exemplos anteriores[24], normalmente se faz menção a um discurso proferido em outubro de 1974 por Lewis Engman, então *Chairman* da FTC, como marco do início da atuação desta entidade como advogada da concorrência. Engman discutia a regulação do setor de transportes e criticou o fato de a agência responsável pela regulação da aviação civil (Civil Aeronautics Board) restringir a entrada neste mercado e controlar a distribuição de rotas aéreas. O argumento era o de que a ausência de real concorrência no setor contribuía para aumentar o preço do transporte, do que resultavam conseqüências danosas para toda a economia americana. A clara relação estabelecida entre a política concorrencial e o desenvolvimento da economia americana (então estagnada) mereceu ampla cobertura jornalística, além da atenção de relevantes parcelas da sociedade. O resultado foi uma ampla desregulação (*deregulation*) do setor de transporte nos anos seguintes.[25]

Duas características institucionais da FTC reforçam a idéia de que ela poderia cumprir o papel anticaptura que se mencionou anteriormente: (i) trata-se de entidade bipartidária por disposição legal, uma vez que o *Federal Trade Commission Act* proíbe que mais do que três dos seus cinco comissários sejam

---

http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_3rd_seoul_2004/capacity build_sg4_seoul.pdf, Acesso em: 13/11/2007.

[23] Sobre a cooperação da FTC com as agências reguladoras e outras instituições públicas nos Estados Unidos, ver Timothy J. MURIS, "State intervention/State Action: a U.S. perspective", in Barry HAWK (ed.), *International Antitrust Law & Policy*: Fordham Corporate Law 2003, New York : Juris, 2003.

[24] Arnold C. CELNICKER aponta que a obtenção e divulgação de informações concorrenciais aos órgãos executivos e legislativos dos Estados Unidos constitui uma das razões que motivou a criação da *Federal Trade Commission.* Para estas e outras informações históricas sobre a atuação do FTC como advogado da concorrência, consulte-se o seu "The Federal Trade Commission's competition and consumer advocacy program", 33 *St. Louis University Law Journal* 1988-1989, p. 378; e James C. COOPER *et alli*, "Theory and practice of competition advocacy at the FTC", *Antitrust Law Journal*, Vol. 72, No. 3, 2005.

[25] Afirma Timothy J. MURIS: *"During the next decade, the Commission aggressively pursued competition advocacy to promote deregulation of airlines, railroads, trucking, and inter-city buses. This advocacy used not only speeches, but also formal written submissions to regulatory agencies and legislative committees. Scholars estimate that transportation deregulation improved consumer welfare by more than $50 billion annually"*, in "Creating a culture of competition: the essential role of competition advocacy", *Panel on competition advocacy & Antitrust authorities*, Naples, Italy, disponível online em http://www.ftc.gov/speeches/muris/020928naples.htm (acesso em 26/12/2006).

do mesmo partido político; (ii) trata-se de entidade federal, o que contribui para impedir a cristalização de interesses estaduais ou paroquiais em políticas restritivas da concorrência e lesivas dos interesses dos consumidores.[26]

(e) 3.2. União Européia.

Na União Européia, a função de advocacia da concorrência cabe ao DG Comp, uma das Diretorias Gerais da Comissão Européia, também responsável pela promoção de ações contra os violadores da lei concorrencial, imposição de sanções, isenções previstas no art. 81(3) do Tratado e relacionamento internacional com as autoridades concorrenciais de outras jurisdições.[27] O DG Comp não possui uma específica unidade responsável pela advocacia da concorrência. A alocação dos trabalhos a ela relativos é regida pelo critério da especialidade no setor do projeto regulatório em questão (agricultura, telecomunicações etc.).

A função de advocacia da concorrência na União Européia envolve ações tanto em âmbito nacional, como comunitário. Neste último caso, uma importante peculiaridade institucional deve ser destacada. É que a competência regulatória comunitária cabe precipuamente à Comissão Européia. E, dentre os 20 membros desta Comissão, um é o comissário responsável pelas questões relativas ao direito da concorrência, estando ele, assim, numa posição privilegiada para iniciar, implementar e monitorar as políticas regulatórias da Comunidade em todos os setores da economia.[28]

A exemplo do que ocorre nos Estados Unidos, esta atividade toma as mais diversas formas, como participação na preparação das propostas regulatórias das outras diretorias gerais, consultas públicas, relatórios a respeito do estágio concorrencial de alguns mercados e divulgação de estudos. De acordo com o plano anual de trabalho divulgado em 2005, um aspecto chave da futura missão do DG Comp é contribuir para a modelagem de outras políticas européias[29] e de

---

[26] Cf. James C. COOPER *et alli*, "Theory and practice of competition advocacy at the FTC", *Antitrust Law Journal*, Vol. 72, No. 3, 2005, p. 1103: *"Thus, a particular interest group may be especially concentrated or strong in a particular state, and that group may have undue influence in the political process of that state. In addition, the anticompetitive regulations of one state may have major spillovers, or other externalities, that impose burdens on national markets. As a result, it is appropriate for the advocacy function to rest with a national actor that will be less prone to capture by parochial interest groups, but instead will be attenuated from some local political pressures and will be able to look out for the national goals of preserving robust economic market competition"*.

[27] Para maiores informações, v. o site da entidade: http://ec.europa.eu/comm/competition, ou Damian CHALMERS *et alli*, *European Union* Law, Cambridge, Cambridge, 2006, pp. 87 e ss.

[28] Giuliano AMATO e Lauraine LAUDATI, "Introduction", *The anticompetitive impact of regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2001, p. XXII. Ver também, na mesma coletânea, Kirti MEHTA, "Competition advocacy within the European Commission: the role of DG competition", in Giuliano AMATO e Lauraine LAUDATI (ed.), *The anticompetitive impact of regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2001, p. 412-418.

[29] De acordo com as diretrizes internas da Comissão, as propostas regulatórias de suas diretorias devem passar por estudos prévios de impacto. Em princípio, cada Diretoria deve promover a análise de impacto para os seus próprios projetos, mas o DG Comp poderá auxiliá-los no que concerne aos impactos anticompetitivos.

esquemas regulatórios nacionais, promovendo um regime favorável à competição.[30]

A atuação do DG Comp como advogado da concorrência tem sido bastante intensificada nos últimos anos, especialmente a partir de 2004. Um dos focos principais tem sido os serviços profissionais (advocacia, arquitetura, engenharia etc.), muito freqüentemente regidos por regulações que controlam a entrada, os preços e a publicidade.[31]

## 4. A ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO.

Algumas razões indicam que a advocacia da concorrência tem um papel particularmente relevante a cumprir nos países em desenvolvimento, como o Brasil. Primeiro, estes países ainda estão, via de regra, desacostumados a tratar complexas questões econômicas, sendo recente o desenvolvimento efetivo do direito concorrencial (como norma ou como disciplina jurídica). Segundo, neles, as recentes Reformas de Estado deram origem a um intenso processo de produção normativa que lhes desse suporte.[32] Os riscos de que esta normatização se desvie do interesse público para a proteção de interesses privados é, portanto, ainda mais intenso.[33]

Entre nós, as competências relativas ao desempenho da função da advocacia da concorrência estão atribuídas de forma concorrente aos três componentes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC): o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). A opção do legislador não merece encômios. A sobreposição de competências gera dispêndios desnecessários de recursos, além de eliminar as eficiências das economias de escala que seriam obtidas a partir da concentração desta atividade. Pode, ainda, produzir conflitos de opiniões e conseqüente insegurança jurídica para o regulador e a indústria regulada. Tem sido dito que o projeto de lei para reforma do SBDC concentraria esta função nas mãos da SEAE, afirmação que, conforme se verá, deve ser recebida com reservas.

---

[30] Ver “DG Competition 2005, Annual Management Plan”, disponível online em http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/annual_management_plan/amp_2005_en.pdf (acesso em 20/12/2006).

[31] V., a propósito, o “Professional Services - Scope for more reform”, Follow-up to the Report on Competition in Professional Services, COM(2004) 83 of 9 February 2004 , disponível online em http://ec.europa.eu/comm/competition/liberal_professions/sec200564_en.pdf (acesso em 20/12/2006).

[32] Simon J. EVENETT, "Competition Advocacy: time for a rethink?", 26 *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2005-2006, p. 498. A propósito, v. também Marusa Vasconcelos FREIRE, “A atuação do CADE diante da desestatização”, *Revista de Direito Economico*. Brasilia. n.23. p.67-72. abr./jun. 1996.

[33] Ver A. E. RODRIGUEZ e Malcolm B. COATE, “Competition Policy in Transition Economies: the role of competition advocacy”, 23 *Brooklin Journal of International Law* 365, 1997-1998.

(f) 4.1. As competências atribuídas ao CADE.

No que concerne especificamente ao CADE, devem ser mencionadas cinco disposições da lei n. 8.884/94. No seu art. 7º, estão previstas funções *passiva* e *ativa.* A partir de iniciativa alheia, caberá ao CADE "responder a consultas sobre matéria de sua competência" (inc. XVII). Tal competência está regulamentada na Seção II – Da Consulta, da Resolução n. 45/2007, que aprova o Regimento Interno do CADE. O art. 102 desta Resolução possibilita que qualquer interessado (dentre os quais os órgãos e entidades públicas de qualquer esfera federativa) consulte o Plenário do CADE, em tese, sobre matérias de sua competência. O autor da consulta deverá ser também o autor da prática que constitui o seu objeto (art. 105, I), e a consulta deverá se dar antes da adoção da medida. O expediente pode servir, assim, para que os legisladores e demais reguladores públicos obtenham o parecer do CADE sobre as medidas que pretendem implementar.

Ainda no artigo 7º da lei n. 8.884/94, mas agora sob uma perspectiva ativa, ao Plenário do CADE é atribuído o poder de *requisitar* dos órgãos do Poder Executivo Federal e *solicitar* das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento da lei (inc. X). Valendo-se deste dispositivo, o CADE poderá opinar sobre projetos regulatórios dos poderes centrais federal, estadual ou municipal, bem como das entidades públicas a eles vinculados. É este o fundamento da sua atuação nas consultas públicas das agências reguladoras (v., por exemplo, o art. 42 da Lei Geral de Telecomunicações, lei n. 9.472/97).

A diferença de termos utilizadas na redação legal (*requisitar* e *solicitar*) indica uma maior ingerência do CADE sobre as entidades federais e poderia fundamentar a interpretação de que, perante elas, a opinião do CADE seria vinculante. Entretanto, este não é o entendimento que tem prevalecido. Repetida e corretamente, o CADE tem declarado que não lhe cabe desfazer regulações anticompetitivas ou estabelecer qualquer sanção às entidades públicas por elas responsáveis.[34] Identificada a restrição pública à concorrência, oficia-se o regulador correspondente e solicitam-se-lhe as medidas necessárias para que se evitem violações à lei n. 8.884/94. Desatendida esta solicitação, o CADE enviará o caso à sua Procuradoria ou representará à entidade competente (v.g. Ministério

[34] Destaque-se, todavia, a divergência do então Presidente do CADE, Conselheiro Gesner de OLIVEIRA, no seu voto na Consulta n. 34/99, cuja relatoria coube à Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva: *"A mera leitura do dispositivo legal torna claro que, em relação aos órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta do Poder Executivo Federal, o CADE requisita, ou seja, pratica ato mandamental, não se admitindo o seu descumprimento. Apenas quando o destinatário for órgão estadual ou municipal, e em respeito ao pacto federativo constitucional, o CADE "enquanto" Poder Executivo Federal, não poderia determinar, mas somente solicitar providências, visando adequar os normativos destes órgãos à Lei "Federal" de defesa da concorrência"*. Neste mesmo sentido, entendendo pela possibilidade de anulação direta, pelo CADE, das regulações infralegais violadoras da lei n. 8.884/94, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da SILVA, "Direito da Concorrência e Regulação dos Serviços Públicos", *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fevereiro, 2005, p. 17. Disponível na internet: http://www.direitodoestado.com.br, acesso em 03/01/2008.

Público) para que seja buscada a correção cabível, perante o Poder Judiciário.[35] Não possui o CADE, contudo, poder de constrição direta de outros entes públicos.[36]

Não há nesta tese desconsideração do que dispõe o art. 15 da lei n. 8.884/94, que afirma ser ela aplicável também às pessoas jurídicas de direito público. A lei é de fato aplicável a estas entidades, mas apenas através do Poder Judiciário.[37] Entender que o CADE poderia anular diretamente a regulação inconstitucional ou ilegal seria, no primeiro caso, estabelecer (ao arrepio da Constituição) uma nova hipótese de controle de constitucionalidade concentrado, e no segundo, prejudicar a autonomia das entidades reguladoras independentes, cujos atos não são revisáveis no âmbito do Poder Executivo.[38]

---

[35] Foi esta a conclusão do Conselheiro Antônio FONSECA, no seu voto-vista da Representação n. 21/91: *"Se no exercício constitucional do seu poder regulamentar, uma entidade pública, por atos de estado ou de governo, causa uma infração 'lato sensu' à ordem econômico, não é prático nem juridicamente possível que o Plenário do CADE possa ir além de expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da Lei (inciso X do art. 7 º ), após simples procedimento de apuração ou verificação da infração. Diante do indício de infração ou verificada esta, o CADE deve se limitar a oficiar à entidade pública (...) para, num prazo razoável, tomar as medidas adequadas. Se isso não ocorrer, apenas resta ao CADE acionar o Poder Judiciário ou requerer ao Ministério Público que o faça, supondo que a ofensa inclui-se no conceito amplo de infração à ordem econômica e nos limites da Lei no 8.884/94".* V. também o seu artigo "O papel do CADE em face da desestatização", *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 4, n. 2, fev. 1997, p. 40).

[36] Ver ainda: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº. 08000.021660/96-05. Conselheiro Relator: Fernando de Oliveira Marques. Representante: SDE "Ex Offício". Representadas: Empresas de Transporte Coletivo do Rio de Janeiro. DOU, 07/02/2003; Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº. 08012.005769/98-92. Conselheiro Relator: Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva. Representante: SDE "Ex Offício". Representada: SINDICAVIR/DF. DOU, 28/01/2000; Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº. 08012.006507/1998-81. Conselheiro Relator: Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer. Representante: Ivan Garcia Diniz. Representadas: COOPERTAXI et alli. DOU, 20/08/2003.

[37] Veja-se, a propósito, o comentário de Antonio FONSECA: *"O bem jurídico objeto da defesa da ordem econômica é compreendido pelos mercados, que constituem uma forma de patrimônio público nacional. Como tal, o zelo pela ordem economia inclui-se também na competência constitucional do Ministério Público. Ademais, a garantia de direitos não se realiza ou não se aperfeiçoa, nas democracias, senão mediante a atuação do Poder Judiciário. Daí o CADE não é o único órgão a zelar pela ordem econômica e, por conseguinte, ele não tem o monopólio da aplicação da Lei n. 8.884. Em outras palavras, essa Lei não foi feita para ser aplicada somente pelo CADE. Isto significa que a aplicação da Lei em algumas situações não possa ser feita pelo CADE, mas somente pelo Judiciário, embora com o auxílio dele. O concurso do Judiciário, todavia, não exclui totalmente o papel do CADE"* (in "O papel do CADE em face da desestatização", *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 4, n. 2, fev. 1997, p. 39).

[38] É esta também a opinião de Calixto SALOMÃO FILHO, para quem: *"os atos normativos das autarquias também podem/devem ser objeto de revisão constitucional, sempre pelo Judiciário, mas dessa vez de forma concentrada. Imagine-se uma regulação que cria condições anticoncorrenciais em setor que a Constituição não afastou a disciplina concorrencial. Evidentemente não compete a outra autarquia (CADE) declara a inconstitucionalidade de tal normativo. A constitucionalidade do normativo pode e deve ser contestada com base em princípios constitucionais através de ação direta de constitucionalidade (artigo 102, I, "a", da Constituição Federal)"* (in "Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro". Celso Fernandes Campilongo (org.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 141). Neste sentido, v. também Ana Maria de Oliveira NUSDEO, "Agências reguladoras e concorrência", in Carlos Ari SUNDFELD (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 184; Murilo Otávio Lubambo de MELO, "Defesa da concorrência nos setores regulados: limites e potencialidades do direito concorrencial", *Revista do IBRAC*. São

Também a lei prevê que o CADE deverá "instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica" (inc. XVIII), circunstância que fundamenta ações publicitárias ou organização de eventos, por exemplo. Bastante relevante é também a previsão do inc. XVI, de que o CADE firmará contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais, instrumentos que poderão ser usados para estabelecer deveres recíprocos em prol de finalidades concorrenciais.[39] Estes convênios possuem utilidade particularmente destacada nos setores em que atua uma agência reguladora. Nestes casos, eles permitem o desenvolvimento da articulação entre o CADE e esta autoridade setorial, articulação que garante a maior efetividade da política concorrencial neste setor.[40] De fato, estando em contato constante com o setor regulado, a agência (i) possui maior aptidão para nele identificar práticas violadoras da ordem econômica[41]; e (ii) detém maior subsídio técnico para o deslinde das questões concorrenciais que nele se verificam.[42]

Finalmente, de acordo com a previsão do art. 89, cabe ainda ao CADE, querendo, atuar nos processos judiciais em que se discuta a aplicação da lei n. 8.884/94. Em documento publicado em Setembro de 2005, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) relata que a política do CADE tem sido de apenas intervir judicialmente nas ações cujo objeto já tenha sido previamente examinado em processos administrativos no seu âmbito. A OCDE sugere que este posicionamento seja revisto e que o CADE considere as

---

Paulo. v.13. n.1. 2006, p. 92; Flávio Amaral GARCIA, "Conflito de competência entre o CADE e as agências reguladoras que atuam no campo dos serviços públicos". *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro. v.11. 2002. p. 246.

[39] Ensina Marçal JUSTEN FILHO que *"o convênio consiste numa avença em que dois ou mais sujeitos, sendo ao menos um deles integrante da Administração Pública, comprometem-se a atuar de modo conjugado para a satisfação de necessidades de interesse coletivo, sem intento de cunho lucrativo. A característica do convênio reside na ausência de interesse especulativo de todas as partes, que atuam harmonicamente para o bem comum"* (in *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 286).

[40] Cf. Bolivar Moura ROCHA, "Articulação entre regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência". *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 5, n. 7, 1998, pp. 56-57.

[41] Essa é uma das razões pelas quais a Lei Geral de Telecomunicações (lei n. 9.472/97) atribui competências instrutórias de infrações antitruste à ANATEL – competências que, sob o regime da lei n. 8.884/94, cabem à SDE. V., em especial, os arts. 7º, § 2º, e art. 19, XIX, da LGT.

[42] Neste sentido, Ana Maria de Oliveira NUSDEO aponta que *"As experiências do Direito Comparado têm mostrado que a solução adequada para a conciliação entre os imperativos da necessidade de aplicação minimamente uniforme das normas antitruste e do aproveitamento dos órgãos com competência técnica para a apreciação de questões com especificidade técnica em matéria de concorrência é o estabelecimento de convênios entre as agências e os órgãos de proteção à concorrência. Essas iniciativas, além das soluções às questões de divisão de tarefas, devem ter como objetivo geral a simplificação de esforços e o intercâmbio e mútuo aproveitamento da experiência e capacidade técnica da contraparte"* (in "Agências reguladoras e concorrência", Carlos Ari SUNDFELD (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 185). A propósito, v. também Bolívar Moura ROCHA e Hermes Nereu Cardoso OLIVEIRA, "Balanço da articulação entre órgãos de defesa da concorrência e agências reguladoras de infra-estrutura". Bolívar Moura ROCHA (org.), *A Regulação de Infra-Estruturas no Brasil: balanços e propostas*. São Paulo, IOB-Thomson, 2003.

intimações judiciais *"como oportunidades para desempenhar a advocacia da concorrência"*.[43]

É importante destacar alguns aspectos processuais desta previsão legislativa. Em primeiro lugar, note-se que ela estabelece uma hipótese de intervenção *facultativa*. A lei confere ao CADE a possibilidade de, intimado, não comparecer a juízo; e este não comparecimento não possui qualquer conseqüência jurídica.[44] Por outro lado, a *intimação* do CADE é obrigatória e deverá ocorrer em quaisquer processos judiciais em que se discuta a aplicação da lei n. 8.884/94. A ausência desta intimação poderá ensejar a nulidade processual.

Quanto à natureza da eventual intervenção judicial do CADE, a doutrina processualista tem repreendido a previsão legal de que esta autarquia federal atuaria no processo como "assistente".[45] O melhor entendimento é aquele que divisa as possibilidades de intervenção em processos que envolvam litígios individuais (fundadas no art. 29 da lei n. 8.884/94) ou em causas coletivas (fundadas no art. 1º, V, da lei n. 7.347/85, a lei da ação civil pública). Não tendo a lei feito qualquer ressalva, tem-se que o CADE poderá atuar em ambas as hipóteses – e deverá ser intimado em ambas. A natureza de sua atuação, contudo, diferirá num e noutro caso.[46]

No primeiro deles, não compete ao CADE atuar como assistente de nenhuma das partes, sob pena de violação à impessoalidade da Administração Pública. Sua atuação eventual, na hipótese, será como *amicus curiae*, conferindo ao magistrado necessário auxílio técnico para a solução de difíceis lides concorrenciais. Conseqüentemente, não lhe caberá recorrer da decisão judicial, por absoluta falta de interesse de agir. Por outro lado, quando se tratar de causas coletivas fundadas na legislação concorrencial, o CADE será intimado para atuar, aí sim, como assistente litisconsorcial. É que então não estarão em jogo interesses de uma parte lesada patrimonialmente, mas interesses de toda a coletividade na proteção da concorrência. Neste caso, estando legitimado mesmo à propositura da ação (v. art. 5º, *caput*, da lei n. 7.347/85), pode o CADE, também, recorrer da decisão judicial.[47]

---

[43] V. *Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE*, "Competition Law and Policy in Brazil", *Policy Brief*, September 2005, disponível na internet no endereço http://www.oecd.org/dataoecd/62/35/35415135.pdf. Acesso em 17/12/2007).

[44] Cf. Cássio Scarpinella BUENO, *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 327.

[45] V., por exemplo, Alexandre Alves LAZZARINI, "A intervenção do CADE no processo judicial". *Revista do Processo*, São Paulo, v. 105, jan/mar 2002, p. 246; e Cássio Scarpinella BUENO, *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 324. Para o primeiro autor, o CADE atuaria nestes processos como "perito". Para o segundo, a sua atuação seria sempre como "amicus curiae".

[46] Adota-se aqui o entendimento de Fredie DIDIER JR, "A intervenção judicial do CADE (art. 89, LF 8.884/94) e da CVM (art. 31, LF 6.385/76)", *Revista de Processo*, São Paulo, v. 115, p. 151-163, 2003.

[47] Explica ainda Fredie DIDIER JR. que *"acaso não tenha sido intimado e, portanto, não esteja participando do feito, poderá a autarquia recorrer como terceiro, já que, se pode o mais (propor a ação), pode o menos (pô-la em desenvolvimento com o recurso); aplica-se a regra segundo a qual quem poderia intervir pode recorrer como terceiro"* (in A intervenção judicial do CADE (art. 89, LF 8.884/94) e da CVM (art. 31, LF 6.385/76)". *Revista de Processo*, São Paulo, v. 115, p. 157).

Esta diferenciação tem conseqüências, também, para a fixação da competência jurisdicional. Nas causas em que o CADE de fato possui interesse como *assistente* (aquelas de natureza coletiva), haverá um deslocamento da competência para a Justiça Federal, por força do art. 109, I, da Constituição Federal.[48] Isto não ocorrerá nas ações em que a atuação desta autarquia tiver natureza de *amicus curiae*. É que o dispositivo constitucional mencionado alude a "assistência" e a atuação como *amicus curiae* não configura tal hipótese.[49]

(g) 4.2. As competências atribuídas à SDE e à SEAE.

Em todos os casos acima, a atuação do CADE, perante os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, dá-se como *advogado da concorrência*. Na prática, contudo, as principais responsáveis pelos programas de advocacia da concorrência no Brasil são as Secretarias de Direito Econômico (SDE) e de Acompanhamento Econômico (SEAE) – em especial esta última.

As competências da SDE também estão previstas na lei n. 8.884/94, especialmente em seu art. 14. Assim, por exemplo, deve a Secretaria orientar os órgãos da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento da lei (art. XIII). Esta disposição serve de fundamento para a cooperação institucional entre as agências antitruste e os reguladores, fundamental para o desenvolvimento da advocacia da concorrência. Complementariamente, atribui a lei à SDE a função de desenvolver estudos e pesquisas para orientação da política de prevenção de infrações da ordem econômica (inc. XIV). Finalmente, o inc. XIV prevê que também à SDE, como ao CADE, compete a instrução do público em geral sobre as formas de infração à ordem econômica e os seus modos de prevenção e repressão. A idéia de difusão da cultura concorrencial e explicitação dos seus benefícios sociais se insere no núcleo das tarefas relativas à advocacia da concorrência.[50]

Já as competências da SEAE, criada em 1º de janeiro de 1995, por meio da Medida Provisória nº 813,[51] estão previstas no art. 12 do Decreto n. 6.193/2007. Ali resta claro que à SEAE compete acompanhar a implantação dos

---

[48] Transcreve-se a redação do dispositivo constitucional: "*Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho*".

[49] É o entendimento do Supremo Tribunal Federal: *"O processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes. – Simples juntada, por linha, de peças documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (amicus curiae): situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção ad coadjuvandum"*. (STF, AGRADI 748-RS, rel. Min. Celso de Mello, j. 01.08.1994, DJ 18.11.1994, p. 31392). Com compreensão diversa, v. Cássio Scarpinella BUENO, *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 328.

[50] Neste sentido, o site da SDE na internet destaca a *"importância da presença da SDE na mídia e em eventos, a produção de documentos e a realização de intercâmbios que incentivem o estudo do assunto por estudantes e profissionais"* (em http://www.mj.gov.br/sde, acesso em 13/11/2007).

[51] A SEAE resultou do desmembramento da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda.

modelos de regulação e gestão desenvolvidos pelas agências reguladoras, pelos ministérios setoriais e pelos demais órgãos afins (inc. III); avaliar e manifestar-se acerca dos atos normativos e instrumentos legais que afetem as condições de concorrência e eficiência na prestação de serviços, produção e distribuição de bens (inc. VII, e); propor, avaliar e analisar a implementação das políticas de desenvolvimento setorial e regional (inc. VII, f); e promover a articulação com órgãos públicos, setor privado e entidades não-governamentais (inc. X).

A advocacia da concorrência é já amplamente desempenhada pela SEAE, tal como se depreende do Relatório de suas atividades no ano de 2006.[52] O caso *DENATRAN* é um exemplo de atuação *a posteriori* (de regras regulatórias já existentes) da Secretaria.[53] A SEAE tomou conhecimento de que os DETRANS de alguns estados brasileiros estavam expedindo atos administrativos por meio dos quais fixavam valores para os serviços prestados pelas auto-escolas. Estes atos fundavam-se em portarias expedidas em âmbito nacional pelo DENATRAN, com objetivo declarado de garantir a qualidade das auto-escolas. Para além de identificar o vício formal da restrição da liberdade de iniciativa através de medidas infra-legais (em violação ao princípio da legalidade, art. 5º, II, da CF), a SEAE procedeu a um exame de proporcionalidade destas medidas regulatórias, identificando a sua inadequação para a realização das finalidades sociais pretendidas e a violação desnecessária e excessiva de liberdades públicas, uma vez que tais finalidades poderiam ser atingidas por meios menos ofensivos. Estas conclusões foram levadas ao DENATRAN, que revogou as portarias em questão. A conseqüência da atuação da SEAE foi uma maior competitividade entre as auto-escolas, com benefícios para os consumidores dos seus serviços.

Há também exemplos de atuações preventivas. A SEAE examinou o Projeto de Lei n. 45 do Senado, que visava a acrescentar dispositivo no Código de Defesa do Consumidor determinando que *"no fornecimento de bens e serviços executados de forma contínua, o fornecedor deverá estender aos contratos em vigor, a critério do consumidor, as condições oferecidas para adesão de novos consumidores"*. Também aqui a SEAE analisou as prováveis conseqüências da medida, o impacto causado na concorrência e as eventuais alternativas menos gravosas para atingir o mesmo objetivo. A conclusão da análise procedida pela Secretaria foi contrária à inovação legal. A medida pretendida tenderia a desestimular as promoções nos mercados que envolvem contratos relacionais, as quais passariam a ser irracionais do ponto de vista dos produtores, uma vez que o custo de estender as suas condições aos consumidores poderia ser excessivo e injustificável diante dos lucros correspondentes. A restrição às promoções, variável concorrencial importante, implica uma limitação relevante à concorrência. Como é evidente, os maiores prejudicados seriam os consumidores de baixa renda, já que as promoções reduzem o custo de entrada, viabilizando-a para os clientes mais resistentes aos preços dos bens e serviços. Finalmente, a SEAE observou que o Código de Defesa do Consumidor já protege o consumidor contra eventuais

[52] Relatório de Atividades em 2006 da Secretaria de Acompanhamento Econômico, disponível na internet, no site http://www.seae.fazenda.gov.br/; acesso em 13/11/2007.
[53] Para um relato mais extenso, v. Relatório de Atividades em 2006 da Secretaria de Acompanhamento Econômico, disponível na internet, no site http://www.seae.fazenda.gov.br/; acesso em 13/11/2007, pp. 26 e ss.

onerosidades excessivas (nos termos do art. 6º, inc. V), de modo que a medida pretendida seria desnecessária. A análise da SEAE contribuiu para que a iniciativa não lograsse êxito.[54]

De todo modo, chama a atenção, nesta atuação da SEAE, o uso prevalecente de argumentos de *licitude* (*legalidade ou inconstitucionalidade*). Nos exemplos acima, e em alguns outros contidos no Relatório de suas atividades, nota-se que a Secretaria busca demonstrar que a regulação proposta ou adotada é *ilícita* por desproporcionalidade, razão pela qual deveria ser abandonada. Sem ignorar que argumentos desta índole possuem maior poder persuasivo, parece importante ressaltar que o campo de atuação do advogado da concorrência os extrapola. Pode ele sugerir a troca de uma regulação lícita por outra que, também lícita, seja menos restritiva da concorrência. Trata-se de aspecto importante da atuação do advogado da concorrência, uma vez que a ilicitude concorrencial da regulação pública é hipótese restrita.

(h) 4.3. A reforma do SBDC e a advocacia da concorrência.

Dois Projetos de Lei rumorosos prometem ampliar ainda mais a atuação da SEAE como advogado da concorrência, fazendo-o, de forma oficial, o mais importante órgão público com esta função.

O PL n. 5.877/05, que remodela a estrutura institucional do Sistema Brasileiro da Concorrência, eliminando a SDE, estabelece como função precípua da SEAE a "advocacia da concorrência". Daí lhe caber, de acordo com o art. 19: promover a concorrência no âmbito dos fóruns apropriados no Ministério da Fazenda, no âmbito de outros órgãos de governo e perante a sociedade de maneira geral (inc. I); opinar sobre as normas submetidas pelas agências reguladoras a consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência (inc. II); elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional (inc. III); identificar, analisar, elaborar estudos e propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos que afetem ou possam afetar a livre concorrência nos diversos setores econômicos do País (inc. IV); preparar anualmente relatório de avaliação das ações de governo no tocante aos progressos na implementação da política de defesa da concorrência (inc. V); e celebrar acordos e convênios com órgãos ou entidades públicas ou privadas, nacionais ou internacionais (inc. X).

Já o PL n. 3.337/04, que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, confere à SEAE mais uma competência específica como "promotor" ou advogado da concorrência. Caber-lhe-á, nos termos do projeto de lei, emitir parecer sobre minutas de normas e regulamentos

[54] Ainda no campo dos exemplos, é possível destacar a atuação da SEAE nos procedimentos licitatórios, visando a ampliar a competitividade dos certames e contribuindo para que a Administração Pública celebre o contrato mais vantajoso possível. De acordo com o seu próprio site, a SEAE teria atuado no estabelecimento das regras de leilões no setor de energia elétrica; na estruturação das concessões em rodovias federais; além de desempenhar papel importante na modernização dos principais portos do país; na regulação de serviços de água e esgoto e das tarifas postais. V. http://www.seae.fazenda.gov.br/, acesso em 15/11/2007, pp. 26 e ss.

antes da sua disponibilização para consulta pública.[55] A manifestação da SEAE deverá versar sobre os eventuais impactos nas condições de concorrência dos setores regulados (art. 18, § 4º), mas não será vinculante para as agências. Na realidade, a SEAE já vem participando das consultas públicas das agências reguladoras – o projeto institucionaliza esta prática.

A concentração da advocacia da concorrência, pretendida por estes dois projetos de lei, possui vantagens já mencionadas em relação ao sistema anterior de compartilhamento de competências. Evita a sobreposição de tarefas que gera custos sociais desnecessários. Contribui, também, para a efetividade da advocacia da concorrência, uma vez que a organização estratégica desta atividade passa a caber ao único órgão que a desempenha, sendo-lhe possível avaliar mais corretamente no que devem ser gastos os recursos de que ele dispõe para tanto.

Contudo, ao menos no que respeita às competências estabelecidas no PL n. 5.877/05, há ainda escopo para que também o CADE atue como advogado da concorrência. Segue competindo ao CADE – no caso, ao Plenário do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, um dos órgãos que o compõe –, de acordo com o art. 9º do PL, *"responder a consultas sobre matéria de sua competência" (inc. XV); "instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica" (inc. XVI); e "requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei" (inc. IX).*[56] Já ao Presidente do Tribunal, cabe *"firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais",* instrumentos que também podem ser usados para o desempenho desta função (art. 10, XI). Ainda mais claramente, é competência da Superintendência Geral do CADE *"orientar os órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei" (inc. XIII); "desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica (inc. XIV); e "instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica, e os modos de sua prevenção e repressão (inc. XV).*[57] Manteve-se, finalmente, a necessária intimação ao CADE, nos processos judiciais em que se discuta a aplicação da lei antitruste (art. 119).

---

[55] Art. 18. No exercício de suas atribuições, incumbe às Agências Reguladoras monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, nos termos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994.
§ 4º As Agências Reguladoras solicitarão parecer ao órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda sobre minutas de normas e regulamentos, quinze dias antes à sua disponibilização para consulta pública, para que possa se manifestar, no prazo de até trinta dias, sobre os eventuais impactos nas condições de concorrência dos setores regulados.
§ 5º O órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda deverá publicar no Diário Oficial da União e disponibilizar na sua sede e em seu sítio na Internet os pareceres emitidos em cumprimento ao § 4º deste artigo, pelo prazo mínimo de um ano.

[56] Como se vê, o Projeto de Reforma da SBDC não resolve o problema relativo à interpretação que deve ser dada ao atual art. 7º, X, da lei n. 8.884/94. O dispositivo correspondente no PL segue fazendo referência a duas formas verbais distintas (antes *requisitar* e *solicitar*; agora *requisitar* e *requerer*), circunstância que fará permanecer as dúvidas quanto ao seu sentido.

[57] Na exposição de motivos anexa ao Projeto de Lei, os então ministros Marcio Thomaz Bastos, Antônio Palocci Filho e Paulo Bernardo Silva destacam que o Superintendente-Geral da Agência passará a exercer a função de "promotor da concorrência" perante o Tribunal.

Ao menos em teoria, portanto, segue sendo possível a existência de superposição de tarefas e duplicação de gastos. Melhor solução talvez tivesse sido aquela que concentrasse também a advocacia da concorrência em órgão interno ao CADE (ainda que um quarto órgão, ao qual coubesse apenas esta função). Em todo caso, é certo que a prática institucional poderá dirimir os efeitos negativos desta superposição de competências, por exemplo, através da troca de informações sobre as atividades desempenhadas por cada uma das entidades e os resultados alcançados em cada uma delas. Esta cooperação poderia evitar os riscos jurídicos e econômicos dos conflitos de opinião entre as duas entidades legitimadas à promoção e difusão da filosofia concorrencial.

## 5. A AVALIAÇÃO DOS RESULTADOS DA ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA.

Do ponto de vista científico, um aspecto peculiar da advocacia da concorrência é a sua quase unânime aceitação no ambiente acadêmico e institucional. A atividade é vastamente elogiada e encorajada, muitas vezes de forma a destacar suas vantagens sobre o *enforcement* do direito antitruste ou o papel fundamental que ela teria a desempenhar nas economias emergentes. Fundamentalmente, nota-se que a advocacia da concorrência não suscita tanta controvérsia como a aplicação repressiva do direito antitruste.[58] Esta circunstância produz conseqüências negativas.

De logo, porque se adota um discurso quase unilateral e político de valorização da advocacia da concorrência; discurso no qual não cabem ressalvas às suas limitações e problemas. Note-se, entretanto, que a ênfase exagerada sobre a advocacia da concorrência poderia acabar por comprometer a realização de algumas finalidades públicas alheias ao processo concorrencial. Isto seria particularmente problemático nos setores regulados, em que a restrição concorrencial através da regulação pública é diversas vezes imperativa do ponto de vista social.

Ademais, é preciso encarar as supostas vantagens da advocacia da concorrência sobre o *enforcement* do direito antitruste com algumas reservas. Enquanto aquela função é menos onerosa e menos litigiosa, é difícil negar que esta outra é, ao menos, mais *efetiva*, em razão do seu caráter autoritativo. A advocacia da concorrência não possui caráter vinculante. Os comentários do advogado da concorrência servem a fomentar o debate e oferecer uma perspectiva especializada em prol da concorrência, mas não há qualquer espécie de nulidade das políticas promovidas à sua revelia. Dito de outro modo, o advogado da concorrência pode sugerir ações específicas das demais entidades públicas, mas não pode compelir o regulador a adotá-las.

Reside precisamente nesta incerta *efetividade* da advocacia da concorrência o seu principal problema. Uma vez que a atividade da advocacia da concorrência implica a utilização de recursos públicos, é sempre necessário

[58] Simon J. EVENETT, "Competition Advocacy: time for a rethink?", 26 *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2005-2006, p. 495.

questionar, na expressão inglesa, *the value for money*. É fundamental avaliar quais os resultados reais que têm sido obtidos a partir dos gastos públicos com o desempenho da advocacia da concorrência. A importância é dúplice. Numa perspectiva externa, esta avaliação contribui para o aumento da transparência e da *accountability* do advogado da concorrência. Numa perspectiva interna, ela permite uma melhor organização, pelo advogado da concorrência, dos seus recursos orçamentários e do seu pessoal e o estabelecimento de suas prioridades de atuação.

Eis aí, aliás, outro grande problema do ambiente acadêmico favorável à advocacia da concorrência, a que acima se fez referência: acaba-se negligenciando uma discussão *interna* a esta atividade, referente à contraposição de cada uma das técnicas utilizáveis e a avaliação de sua efetividade, de modo a identificar as melhores práticas. Trata-se de uma difícil avaliação. As evidências quantitativas do sucesso das medidas promotoras da concorrência são quase inexistentes. De um lado, é difícil produzir dados objetivos que permitam avaliar o aumento do grau de informação social sobre os benefícios da concorrência. De outro, a eventual retirada de uma proposta de regulação em que atuou o advogado da concorrência não é necessariamente um resultado do seu esforço: pode ter também derivado de outras variáveis atuantes no processo decisório do regulador.[59]

Uma alternativa é a adoção de pesquisas diante dos reguladores perante os quais se desempenhou a advocacia da concorrência. Estas iniciativas visariam a haurir informações do próprio regulador a quem se tentou influenciar, para avaliar a efetividade da empreitada. Assim, seria possível perguntar-lhes (i) se as informações que receberam foram úteis na decisão final de emitir ou não a regulação; (ii) se elas eram compreensíveis (linguagem clara); (iii) se algum peso foi dado às informações em razão de serem elas provenientes das entidades oficiais de defesa da concorrência; (iv) se as informações foram requisitadas ou não; (v) se novas informações seriam requisitadas no futuro, por ocasião de outras regulações; (vi) se as informações foram duplicadas (do CADE e da SEAE, por exemplo).[60] A depender das respostas obtidas, seria possível reorganizar a estratégia da advocacia da concorrência, restabelecer prioridades e aumentar a eficácia desta atividade.

Perceba-se, finalmente, que a efetividade da advocacia da concorrência depende em larga medida de uma cultura institucional e administrativa de cooperação mútua. Por isso mesmo, esta avaliação não pode ser importada e os seus resultados dependerão de circunstâncias peculiares a cada país.

---

[59] Simon J. EVENETT, "Competition Advocacy: time for a rethink?", 26 *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2005-2006, p. 508.

[60] As perguntas aqui propostas baseiam-se em pesquisa procedida pela Federal Trade Commission, relatada no artigo de Arnold C. CELNICKER "The Federal Trade Commission's competition and consumer advocacy program", 33 *St. Louis University Law Journal* 1988-1989, p. 378.

## 6. CONCLUSÃO.

A atuação do advogado da concorrência cumpre um papel fundamental no sistema de redução do impacto anticompetitivo da regulação estatal. Esta importância se evidencia em cada um de seus múltiplos campos de atuação: (i) na divulgação dos benefícios sociais da concorrência, (ii) no auxílio ao Poder Judiciário como *amicus curiae*, (iii) na cooperação institucional com o regulador, (iv) no seu efeito anticaptura, entre outros. Entretanto, merecem particular destaque os efeitos pró-competitivos da atuação do advogado da concorrência em âmbitos não atingidos pela aplicação repressiva (*enforcement*) do direito antitruste, como o *soft-law* e as condutas imunizadas pela regulação pública.

De todo modo, a advocacia da concorrência possui também limites e problemas. Seus limites estão ligados ao fato de constituir atividade meramente persuasiva, e não autoritativa. Seus problemas derivam das dificuldades de examinar a efetividade desta atuação *vis-à-vis* com a sua finalidade. Em específico, é necessário avaliar os custos envolvidos no desempenho desta função e ponderar os diferentes métodos e instrumentos disponíveis para este fim. Este artigo sugeriu que uma das melhores formas de proceder a esta avaliação é promover pesquisas diante dos reguladores perante os quais se desempenhou a advocacia da concorrência. Este seria um passo essencial para o desenvolvimento desta atividade e, conseqüentemente, para o aumento da proteção concorrencial na ordem econômica brasileira.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### 1. LIVROS E ARTIGOS

AMATO, Giuliano; e LAUDATI; Lauraine (ed.), *The anticompetitive impact of regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2001.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La regulación econômica*: teoria y práctica de la regulación para la competencia, Buenos Aires: Ábaco, 1996.

BERMANN, George. "Regolazione e liberalizzazione dei mercati: un'analisi comparativa", in Giuseppe TESAURO e Marco D'ALBERTI (coord.), *Regolazione e concorrenza.* Bologna, Il Mulino, 2000.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006.

CELNICKER, Arnold C. "The Federal Trade Commission's competition and consumer advocacy program", 33 *St. Louis University Law Journal* 379, 1988-1989.

CHALMERS, Damian *et alli*, *European Union* Law, Cambridge, Cambridge, 2006.

COLSON, Jean Philippe. *Droit public économique*, 3. ed., Paris, LGDJ, 2001.

COOPER, James C. *et alli*, "Theory and practice of competition advocacy at the FTC", *Antitrust Law Journal*, Vol. 72, No. 3, 2005.

DESTOURS, Stéphane, *La soumission des personnes publiques au droit interne de la concurrence*, Paris, Litec, 2000.

DIDIER JR, Fredie. "A intervenção judicial do CADE (art. 89, LF 8.884/94) e da CVM (art. 31, LF 6.385/76)", *Revista de Processo*, São Paulo, v. 115, p. 151-163, 2003.

EVENETT, Simon J. "Competition Advocacy: time for a rethink?", 26 *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2005-2006.

FONSECA, Antonio. "O papel do CADE em face da desestatização", *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 4, n. 2, fev. 1997.

GARCIA, Flávio Amaral. "Conflito de competência entre o CADE e as agências reguladoras que atuam no campo dos serviços públicos". *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro. v.11. 2002.

JEANNENEY, Pierre-Alain. "Le régulateur producteur de droit", Marie-Anne FRISON-ROCHE (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Dalloz, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2005.

KOHL, Michael. "Constitutional limits to anticompetitive regulation: the principle of proportionality", in Giuliano Amato e Lauraine Laudati (ed.), *The anticompetitive impact of regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2001.

LA SPINA, Antonio; e MAJONE, Giandomenico. *Lo Stato Regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000.

LAZZARINI, Alexandre Alves. "A intervenção do CADE no processo judicial". *Revista do Processo*, São Paulo, v. 105, jan/mar 2002.

LOMBARD, Martine. "La régulation dans un État de droit", in Marie-Anne FRISON-ROCHE (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Dalloz, 2004.

MEHTA, Kirti. "Competition advocacy within the European Commission: the role of DG competition", in Giuliano AMATO e Lauraine LAUDATI (ed.), *The anticompetitive impact of regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2001.

MELO, Murilo Otávio Lubambo de. "Defesa da concorrência nos setores regulados: limites e potencialidades do direito concorrencial", *Revista do IBRAC*. São Paulo. v.13. n.1. 2006.

MURIS, Timothy J. "Creating a culture of competition: the essential role of competition advocacy", *Panel on competition advocacy & Antitrust authorities*, Naples, Italy, disponível online em http://www.ftc.gov/speeches/muris/020928naples.htm (acesso em 26/12/2006).

_____. "State intervention/State Action: a U.S. perspective", in Barry HAWK (ed.), *International Antitrust Law & Policy*: Fordham Corporate Law 2003, New York : Juris, 2003.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. "Agências reguladoras e concorrência", in Carlos Ari SUNDFELD (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo, Malheiros, 2002.

ROCHA, Bolívar Moura, "Articulação entre regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência". *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 5, n. 7, 1998, pp. 47-58.

ROCHA, Bolívar Moura; e OLIVEIRA, Hermes Nereu Cardoso, "Balanço da articulação entre órgãos de defesa da concorrência e agências reguladoras de infra-estrutura". in Bolívar Moura ROCHA (org.), *A Regulação de Infra-Estruturas no Brasil*: balanços e propostas. São Paulo, IOB-Thomson, 2003.

RODRIGUEZ, A. E.; e COATE, Malcolm B. "Competition Policy in Transition Economies: the role of competition advocacy", 23 *Brooklin Journal of International Law* 365, 1997-1998.

SALOMÃO FILHO, Calixto. "Regulação e Antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro". in Celso Fernandes CAMPILONGO *et alli* (org), *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro.* São Paulo, Max Limonad, 2002.

SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. "Direito da Concorrência e Regulação dos Serviços Públicos", *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fevereiro, 2005, p. 17. Disponível na internet: http://www.direitodoestado.com.br, acesso em 03/01/2008.

TESAURO, Giuseppe; e D'ALBERTI, Marco (coord.), *Regolazione e concorrenza.* Bologna, Il Mulino, 2000.

**2. DOCUMENTOS OFICIAIS**

Commission of the European Communities, "DG Competition 2005, Annual Management Plan", documento disponível na internet, no endereço http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/annual_management_plan/amp_2005_en.pdf (acesso em 20/12/2006).

Commission of the European Communities, "Professional Services - Scope for more reform", Follow-up to the Report on Competition in Professional Services, COM(2004) 83 of 9 February 2004, disponível online em http://ec.europa.eu/comm/competition/liberal_professions/sec200564_en.pdf (acesso em 20/12/2006).

*Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE*, "Competition Law and Policy in Brazil", *Policy Brief*, September 2005, disponível na internet no endereço http://www.oecd.org/dataoecd/62/35/35415135.pdf. Acesso em 17/12/2007).

Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), "Relatório de Atividades em 2006" disponível na internet, no site http://www.seae.fazenda.gov.br/; acesso em 13/11/2007.

Sub-group 4 of the Capacity Building & Competition Policy Implementation - CBCPI. Competition advocacy on regulated sectors: examples of success. *International competition network, 2004 Annual Conference*, Seul, Korea. Disponível em: http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_3rd_seoul_2004/capacitybuild_sg4_seoul.pdf, Acesso em: 13/11/2007.

**3. JURISPRUDÊNCIA**

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Consulta 34/99. Interessado: Rádio Táxi Brasília Ltda., Conselheira Relatora Lucia Helena Salgado e Silva.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº. 08012.006507/1998-81. Conselheiro Relator: Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer. Representante: Ivan Garcia Diniz. Representadas: COOPERTAXI *et alli*. DOU, 20/08/2003.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº. 08000.021660/96-05. Conselheiro Relator: Fernando de Oliveira Marques. Representante: SDE "Ex Offício". Representadas: Empresas de Transporte Coletivo do Rio de Janeiro. DOU, 07/02/2003.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº. 08012.005769/98-92. Conselheiro Relator: Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva. Representante: SDE "Ex Offício". Representada: SINDICAVIR/DF. DOU, 28/01/2000.

Supremo Tribunal Federal (STF). AGRADI 748-RS, rel. Min. Celso de Mello, j. 01.08.1994, DJ 18.11.1994, p. 31392.

**Referência Bibliográfica deste Trabalho:**

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

JORDÃO, Eduardo Ferreira. A ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA COMO ESTRATÉGIA PARA REDUÇÃO DO IMPACTO ANTICOMPETITIVO DA REGULAÇÃO ESTATAL. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, fevereiro/março/abril, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

**Publicação Impressa / Informações adicionais:**

Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Ano 7, n. 24, jan./mar. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2003. Trimestral. ISSN: 1678-7072. 1 – Direito Público – I. Fórum. CDD: 342. CDU: 34.

Este texto corresponde a uma adaptação de um dos capítulos da dissertação de mestrado do autor, intitulada “O impacto anticompetitivo da regulação estatal” e defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em março de 2008. O trabalho foi orientado pelo Professor Titular Hermes Marcelo Huck.