Número 23 – agosto/setembro/outubro - 2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

LIMITES CONSTITUCIONAIS ÀS RESTRIÇÕES LEGISLATIVAS DA CONCORRÊNCIA

Eduardo Ferreira Jordão

Visiting Researcher na Yale Law School, nos Estados Unidos; 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), da Universidade de Londres; Mestre em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP); Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

1. O objetivo e a estrutura deste trabalho.

Este artigo examinará uma das mais evidentes estratégias para a minimização do impacto anticompetitivo da regulação estatal, aquela que consiste no enfrentamento *direto* da própria regulação, mediante tentativa de anulá-la judicialmente. Como a anulação judicial de uma medida pública depende da sua invalidade jurídica, a questão que precisa ser aqui enfrentada é a seguinte: *em quais circunstâncias a restrição concorrencial operada legislativamente é juridicamente inválida?*[1]

Para possibilitar o aprofundamento das considerações pertinentes e permitir um exame mais interessante do direito comparado, optou-se por tratar exclusivamente das restrições concorrenciais veiculadas em lei.[2] Assim, no

[1] Note-se bem a estrita amplitude do objeto. Ele se insere na questão do controle judicial da regulação pública, mas é apenas uma pequena parte deste outro tema. Uma regulação poderá ser inválida por razões estranhas ao objeto deste artigo, como ausência de competência para emiti-la, vício de forma ou violação a bens jurídicos outros que não a concorrência, por exemplo. Aqui só interessam as condições de invalidade por violação a normas protetivas da concorrência. A idéia é esclarecer em quais casos a restrição concorrencial, em si, é possível.

[2] A restrição do objeto de interesse às medidas de natureza legislativa decorre de uma exigência metodológica. Não seria possível cuidar da disciplina de cada uma das diferentes formas jurídicas que a regulação pode tomar. A regulação não é um conceito jurídico, para o qual se aplica um único e bem definido regime jurídico. Daí a opção por focar nas regulações anticompetitivas veiculadas em lei, as quais possuem, em nosso sistema jurídico, maior potencial restritivo da concorrência.

contexto brasileiro, a questão acima remete à identificação das limitações constitucionais à anticompetitividade da legislação.

A dificuldade resulta de que, ao passo em que determina a proteção da competitividade dos mercados, a Constituição brasileira consagra a proteção de valores jurídicos outros, alguns dos quais são dificilmente conciliáveis com o ambiente concorrencial. A legislação que prejudica a concorrência pode estar a serviço destes outros valores jurídicos relevantes. Põe-se, então, a questão de saber quando a limitação da concorrência é juridicamente possível. O desvelo das hipóteses de invalidade da restrição concorrencial veiculada em lei permitirá esclarecer os casos em que a estratégia da sua anulação judicial poderá ser utilizada. Eis a razão do interesse científico.

A exposição se inicia com um relato das circunstâncias que determinam a invalidade da anticompetitividade legislativa nos Estados Unidos e na União Européia (item 2). Em seguida, passa-se ao caso brasileiro (item 3). Ali será visto que as limitações constitucionais à anticompetitividade da legislação diferem para os casos de regulação de serviços públicos (3.1) e de atividades econômicas em sentido estrito (3.2).

2. A validade jurídica da lei restritiva da concorrência no direito comparado.

Inicia-se pelo relato do direito comparado. No caso da União Européia, importará avaliar as condições de validade jurídica das restrições concorrenciais veiculadas nas legislações dos Estados Membros perante as normas antitruste inscritas no Tratado Europeu. No caso americano, no entanto, a dúvida deste capítulo faz pouco sentido.

(a) 2.1. O caso dos Estados Unidos.

Não é possível, nos Estados Unidos, anular judicialmente uma lei, com fundamento em sua anticompetitividade. Primeiro porque não há regras antitruste de ordem constitucional que pudessem embasar um controle de constitucionalidade com este fundamento. Segundo porque a Suprema Corte já deixou claro que a legislação protetiva da concorrência (em especial, o Sherman Act) não pode ser aplicada às medidas estatais de regulação da economia, nem pode ser invocada contra o legislador.

No contexto da regulação estadual, faz-se referência à *State Action Doctrine* (ou Teoria da Ação Política, na tradução normalmente utilizada pela doutrina brasileira[3]), que enfrenta o conflito entre a política antitruste federal e a soberania estadual para impor esquemas regulatórios que mitiguem ou eliminem a concorrência.[4] A primeira manifestação da Suprema Corte americana a este

[3] Cf. Calixto SALOMÃO FILHO, "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, p. 130; Eduardo Augusto de Oliveira RAMIRES, *Direito das Telecomunicações*: a regulação para a competição. Belo Horizonte, Fórum, 2005, p. 118.

[4] A *State Action Doctrine* envolve conclusões a respeito dos limites de licitude concorrencial de uma regulação estadual e das condições de imunidade das condutas privadas realizadas em conformidade com ela. Neste artigo, trataremos apenas do primeiro destes problemas. Sobre a questão da imunidade para condutas privadas realizadas em consonância com regulação estadual anticompetitiva, v. o capítulo 6 de Eduardo Ferreira JORDÃO, *Restrições regulatórias à concorrência*, Belo Horizonte, Fórum, 2009.

respeito se deu no julgamento do caso *Parker v. Brown*, de 1943. O Estado da Califórnia havia estabelecido esquema regulatório que autorizava a limitação da produção e fixação de preços de diversos produtos agrícolas por Comissões eleitas pela maioria dos produtores, nas quais o Secretário da Agricultura tinha assento permanente. A intenção declarada era restringir a concorrência entre os produtores de modo a "conservar a riqueza agrícola do Estado" e "evitar gastos econômicos desnecessários na distribuição da produção agrícola dentro do Estado".[5] Um produtor local de passas impugnou o esquema, levando a questão ao Poder Judiciário sob o argumento de violação às normas de defesa da concorrência.[6]

A Suprema Corte rejeitou esta alegação, considerando que o Estado impôs as restrições à concorrência num *ato de governo* não proibido pelo Sherman Act.[7] Mais especificamente, a Suprema Corte observou que não era a intenção desta lei restringir a soberania estadual no estabelecimento das políticas que julga adequadas.[8] O posicionamento da Corte foi bastante claro no sentido de privilegiar o forte federalismo americano, protegendo as escolhas políticas dos Estados soberanos, mesmo que elas corram em prejuízo aos objetivos concorrenciais federais.[9] Muito simplificadamente, decidiu-se que a disciplina antitruste federal não se aplica aos atos dos Estados da federação americana[10], nem limita a sua soberania, não havendo *ilicitude concorrencial* de regulações estaduais. A conseqüência imediata deste posicionamento é que produtores prejudicados pelo esquema regulatório estabelecido pelo Estado soberano não podem acioná-lo para desfazer a regulação ou pleitear reparação de danos.[11]

---

[5] *Parker v. Brown,* (1943) 317 *U.S.* 341, 346. Para um interessante relato histórico da State Action Doctrine, ver Herbert HOVENKAMP, "Federalism and Antitrust Reform", 40 *University of San Francisco Law Review* 627, 2005-2006.

[6] A ação de Brown (produtor de passas) foi movida contra o Secretário de Agricultura do Estado da California, Parker.

[7] Cf. David C. HJELMFELT, *Antitrust and regulated industries*, New York, John Wiley & Sons, 1985, p. 275. Em *City of Columbia*, a Suprema Corte esclareceu que a *"immunity does not necessarily obtain where the State acts not in a regulatory capacity but as a commercial participant in a given market"* (in 499 U.S. 374, 375).

[8] *Parker v. Brown,* (1943) 317 *U.S.* 341. Eis o trecho da decisão a que se fez referência: *"The state in adopting and enforcing the prorate program made no contract or agreement and entered into no conspiracy in restraint of trade or to establish monopoly but, as sovereign, imposed the restraint as an act of government which the Sherman Act did not undertake to prohibit"*.

[9] Cf. Thomas M. JORDE, "Antitrust and the New State Action Doctrine: a return to deferential economic federalism", 75 *California Law Review*, 1987, p. 227; e Eric L. RICHARDS, "Exploring the far reaches of the State Action exemption: implications for federalism", 57 *St. John's Law Review*, 1982-1983, p. 274.

[10] Estão envolvidas nesta imunidade decorrente da soberania os atos da Assembléia Legislativa Estadual, da Suprema Corte Estadual e do Governo do Estado. V., a propósito, Dean M. HARRIS, "State Action Immunity from Antitrust Law for Public Hospitals: the hidden time bomb for health care reform", 44 *University of Kansas Law Review*, 1995-1996, pp. 475-477.

[11] Esclareça-se que esta imunidade antitruste de que gozam os Estados não se estende às municipalidades. Elas não detêm, no sistema federativo americano, soberania semelhante à dos Estados. Por esta razão, para que as decisões políticas dos agentes públicos municipais que restringem a concorrência estejam imunes à aplicação do Sherman Act, será necessária autorização estadual pertinente. Assim, uma lei da cidade de New Orleans que restringia o número de táxis (regulação da entrada) e determinava as tarifas a serem por eles cobradas foi considerada lícita pela FTC por força de lei do Estado de Louisiana que autorizava as suas cidades a restringir a competição neste setor. V. *City of New Orleans*, 105 *Federal Trade Commission* 1 (1985).

A posição americana acaba por consagrar a insindicabilidade, do ponto de vista jurídico, da restrição pública à concorrência. Este problema só pode ser enfrentado, nos Estados Unidos, pela via política, pleiteando-se que não seja aprovada legislação anticompetitiva ou que seja ela retirada pelo próprio legislador, quando já aprovada e vigente.

(b) 2.2. O caso da União Européia.

Na União Européia, as leis dos Estados Membros podem ser consideradas inválidas por violação ao direito antitruste comunitário.[12] Neste caso, elas são anuladas e o Estado em questão poderá responder pelos danos causados.[13] Esta invalidade da legislação nacional perante o direito antitruste comunitário poderá decorrer da violação a dois diferentes dispositivos do Tratado que estabelece a Comunidade Européia: o art. 10 e o art. 86.

2.2.1. Violação ao artigo 10.

Neste artigo do Tratado, fixam-se, para os Estados Membros, obrigações genéricas de cooperação para a promoção dos objetivos do Tratado, tanto positivamente (por meio da adoção das medidas adrede adequadas) como negativamente (mediante a abstenção de atos que possam comprometer estes objetivos).[14] A questão é: em quais casos se entende que uma medida nacional restritiva da concorrência viola "as finalidades da Comunidade" ou "compromete os objetivos do Tratado"?

O primeiro esboço de resposta foi dado pela Corte Européia de Justiça (CEJ) no caso *INNO*, em 1977, quando se afirmou que o Estado Membro infringiria o Tratado ao adotar medidas que "retirassem das normas concorrenciais o seu 'efeito útil'".[15] Esta formulação, contudo, fornecia bases ainda muito pouco concretas. Era difícil saber em que consistia "o efeito útil" intocável das normas concorrenciais comunitárias.

---

[12] V. Nicolas CHARBIT, *Le droit de la concurrence et le secteur public*, Paris, Harmattan, 2002, p.65. Afirma este autor: *"Ainsi, l'évolution du droit communautaire a permis d'aboutir à la condemnation d'un Etat membre en tant qu'autorité normative, dépassant le truisme de l'applicabilité des dispositions de concurrence aux seuls opérateurs économiques du secteur public".*

[13] É esta a principal conclusão do trabalho comparativo da professora Eleanor M. FOX: *"When States violate EC Law, injured private persons and the Member States' own antitrust authorities and courts may hold them to account. Indeed, Member State competition authorities may have a duty – among many other tasks – to ferret out offending Member State law. And when sued by individuals whose rights they have violated, UK and Germany and Italy have no Eleventh Amendment Defense (...) In the United States, in contrast, there is no Article 10; there is the Eleventh Amendment: there is no right of a state antitrust authority (e.g. California's antitrust chief) to disapply the California raisin cartel law, let alone a duty to do so. No effective tools are in place to light the fire of duty under the state, or to call the offending state to account. State sovereignty is the rule of decision"* (in "State action in comparative context: What if Parker v. Brown were Italian?", in Barry HAWK (ed.), *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2003*, New York : Juris, 2003, p. 473).

[14] Eis o texto do dispositivo: *"Article 10 - Member States shall take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of this Treaty or resulting from action taken by the institutions of the Community. They shall facilitate the achievement of the Community's tasks. They shall abstain from any measure which could jeopardise the attainment of the objectives of this Treaty"*.

[15] Case 13/77 *GB-Inno v. ATAB* [1977] ECR 2115.

A *INNO Doctrine* ganhou elaboração mais precisa no caso *Van Eycke*, em que a Corte fixou o entendimento, seguidamente repetido, de que se verifica uma infração ao art. 10 do Tratado quando a regulação estatal (i) requer, favorece ou reforça a adoção de acordos, decisões ou práticas privadas concertadas infrativas do direito antitruste comunitário, bem como quando (ii) delega às empresas atuantes no setor a responsabilidade de tomar as decisões econômicas que as afetam.[16]

A primeira hipótese se verificou, por exemplo, no caso *Van Vlaamse Reisbureaus*[17], em que o Estado belga oficializou um cartel privado, estabelecendo em lei punições para os agentes de turismo que concedessem descontos aos seus clientes. O esquema foi julgado incompatível com o Tratado da União Européia, em consonância com o que estabelece a primeira fase do teste enunciado em *Van Eycke*.

A segunda hipótese se verificou no caso *Comission vs Italy.*[18] Tratava-se de transferência de competência normativa a organização profissional que reunia os representantes da profissão de despachantes alfandegários, o *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali*. Esta organização fixava tabela de preços obrigatórios para todos os profissionais do setor. A legislação italiana pertinente não previa a necessidade de que os integrantes da organização considerassem nas suas decisões o interesse público geral e os interesses específicos dos consumidores do serviço ou das empresas de outros setores.[19] Conseqüentemente, a lei italiana que estabeleceu este sistema foi julgada incompatível com o Tratado.[20]

---

[16] Case 267/86 *Pascal Van Eycke v ASPA NV* [1988] ECR 4769, para. 16.

[17] V. Case 311/85, *ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus v. ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en. Gewestelijke Overheidsdiensten* [1987] ECR 3801. Neste caso, o esquema de proibição de descontos era anterior à legislação estatal, na forma de acordos privados. A legislação tornou oficial esta prática anticompetitiva.

[18] Case C-35/96 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [1998] ECR I-3851.

[19] Nicolas CHARBIT explica que *"afin d'apprécier la réalité de cette renonciation dans l'exercice des pouvoirs régaliens, les autorités communautaires examinent à la fois l'influence des représentants des entreprises au sein des commissions participant à l'édiction des normes (1), et le controle porte par l'autorité publique sur les décisions de celles-ci (2)"* (in *Le droit de la concurrence et le secteur public*, Paris, Harmattan, 2002, p. 61).

[20] A verificação casuística da efetiva *existência de delegação* que invalidaria a legislação estatal revela algumas curiosidades. No caso *Reiff*, o Estado alemão conferira a competência para fixar as tarifas dos serviços de transporte rodoviário de mercadorias a longa distância a uma organização formada por especialistas escolhidos pelo Ministro dos Transportes, após indicação das empresas reguladas. A medida resultou de proposta expressa destas últimas e as tarifas fixadas deveriam ser seguidas por todas as empresas que desejassem atuar no setor. Ela compromete explicitamente a concorrência, na medida em que impede a competição por meio do preço do serviço. A despeito disto, a CEJ julgou o esquema regulatório válido, destacando (i) o fato de que a definição inicial das tarifas cabia não a representantes das empresas reguladas, mas a um grupo de especialistas independentes que, de acordo com a lei, deveria levar em consideração o interesse público; (ii) o fato de que esta tarifa precisava ser homologada pelo Ministro dos Transportes, que poderia, ainda, substituir a decisão deste grupo de especialistas pela sua própria, caso julgasse adequado fazê-lo. Por estas razões, a CEJ entendeu não ter havido delegação na hipótese. (v. Case C-185/91 *Bundesanstalt für den Güterfernverkehr v Gebrüder Reiff GmbH & Co. KG* [1993] ECR I-5801). Contrapondo este caso ao caso *Comission vs Italy*, Harm SCHEPEL criticou a peculiar "definição" de *delegação* adotada pela Corte de Justiça. Este autor apontou um malabarismo verbal que escondia que o real teste aplicado pela Corte nestes casos consistiu numa espécie de "teste procedimental do interesse público".[20] Trata-se de avaliar se o esquema regulatório estabelecido pela legislação estadual tende à realização do interesse público ou apenas à realização dos interesses das empresas reguladas. Para SCHEPEL, portanto, o relevante não é se houve ou não a delegação regulatória, mas se desta delegação resultará (potencialmente) a consecução do interesse

Registre-se não ter havido, em nenhum dos dois casos, exame *substantivo* (do mérito) da regulação estatal.[21] São irrelevantes, para a Corte Européia de Justiça, as razões que levaram à elaboração da legislação anticompetitiva. Não lhe interessa perquirir a finalidade ou o estado de coisas que deu causa às medidas estatais. Sobretudo, não se examina a adequação das medidas para a realização das finalidades buscadas, não há avaliação da proporcionalidade da decisão nacional ou questionamento acerca da existência de outros meios para a realização do mesmo objetivo. Esse aspecto *formal* do exame procedido pela Corte tem recebido fortes críticas da doutrina européia.[22]

2.2.2. Violação ao artigo 86.

Neste outro artigo do Tratado, são estabelecidos deveres mais específicos, relacionados com as medidas estatais referentes aos serviços de interesse econômico geral (SIEG)[23] ou aos mercados povoados por "empresas privilegiadas", assim entendidas as empresas públicas e as empresas às quais se concederam direitos exclusivos (atuação monopolística no mercado) ou especiais (licenças para atuar em mercados com entrada controlada).[24] O dispositivo

---

público (in "Delegation of Regulatory Powers to Private Parties Under EC Competition Law: Towards a procedural public interest test", *Common Market Law Review*, n. 39, 2002, p. 31).

[21] Luc GYSELEN propõe a revisão do entendimento da Corte Européia de Justiça e a adoção de um teste trifásico que envolveria as seguintes questões: (i) a medida estatal está distorcendo a concorrência? (ii) a medida estatal foi elaborada para a consecução de uma genuína política econômica ou monetária? (iii) a medida consagra o interesse público de forma proporcional? A resposta positiva a estas três questões implicaria a licitude da regulação estatal em questão (in "Anti-competitive state measures under the EC Treaty: towards a substantive legality standard". *European Law Review 1993*, Supp. (Comp. Law checklist), pp. 55-89).

[22] V., por exemplo, Andrea Filippo GAGLIARDI, "United States and European Union Antitrust versus States regulation of the economy: is there a better test?". *ELRev* 2000, 25(4); Damian CHALMERS *et alli*, *European Union* Law, Cambridge, Cambridge, 2006, p. 1121; Harm SCHEPEL, "Delegation of Regulatory Powers to Private Parties Under EC Competition Law: Towards a procedural public interest test", *Common Market Law Review*, n. 39, 2002, p. 31; Richard WAINWRIGHT e André BOUQUET. "State intervention and action in EC competition law", in Barry HAWK (ed.), *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2003*, New York: Juris, 2003; e Luc GYSELEN. "Anti-competitive state measures under the EC Treaty: towards a substantive legality standard". *European Law Review 1993*, Supp. (Comp. Law checklist), pp. 55-89; Mário Marques MENDES, "State intervention/State Action: a U.S. and EC Perspective from Cassis de Dijon to Altmark Trans and beyond: trends in the assessment of state intervention by the European Courts", in Barry HAWK (ed.), International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2003, New York: Juris, 2003, pp. 496 e ss.

[23] O conceito de Serviço de Interesse Econômico Geral, na União Européia, se assemelha ao conceito brasileiro de "serviço público". Jean-Yves CHÉROT assim o define: *"Il s'agit d'um service de nature économique et soumise aux règles de concurrence et de libre circulation des services, mais qui est exercé compte tenu d'obligations et de príncipes d'intérêt general determines par les pouvoirs publics et tenant compte des besoins essentieles de la population"* (in Droit Public Économique, 2eme ed., Paris, Economica, 2007, p. 250) .

[24] Eis o texto do dispositivo: *"Article 86 - 1. In the case of public undertakings and undertakings to which Member States grant special or exclusive rights, Member States shall neither enact nor maintain in force any measure contrary to the rules contained in this Treaty, in particular to those rules provided for in Article 12 and Articles 81 to 89.*
2. Undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest or having the character of a revenue-producing monopoly shall be subject to the rules contained in this Treaty, in particular to the rules on competition, in so far as the application of such rules does not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them. The development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Community.

estabelece que, nestas hipóteses, o Estado Membro (i) não deve promover medidas contrárias às regras concorrenciais do Tratado; (ii) nem deve consagrar um afastamento concorrencial mais amplo do que aquele que seria necessário para a consecução dos objetivos regulatórios.[25]

A primeira regra tem sido entendida no sentido de que os esquemas regulatórios nacionais não devem estimular as empresas privilegiadas a adotarem condutas anticompetitivas. Assim, já foram reprimidos esquemas que geravam evidentes incentivos ao abuso da posição dominante.[26] Igualmente, anularam-se leis que conferiam direitos monopolísticos a empresas que não conseguiriam dar conta da demanda dos serviços que prestavam com exclusividade.[27]

A segunda regra implica ser admissível impugnar regulação nacional sob o argumento de que *vai além do necessário* para a consecução dos objetivos regulatórios. Em *Corbeau*, a Corte examinou a licitude do monopólio legal nos serviços postais estabelecido na Bélgica para o *Régie des Postes*.[28] A impugnação ao esquema foi promovida pelo empresário Paul Corbeau, que pretendia prestar um específico serviço postal, o serviço expresso porta-a-porta. Em sua decisão, a Corte observou que, por força da previsão do art. 86(2), o essencial seria avaliar se o estabelecimento da concorrência, no caso, impediria que os serviços postais seguissem sendo prestados adequadamente. A hipótese clássica em que isto poderia ocorrer é aquela em que se estabelece um esquema de subsídio cruzado, em que serviços postais menos lucrativos (entrega de cartas em locais de difícil acesso, por exemplo) são subsidiados por serviços mais lucrativos. No caso do serviço postal belga, havia este esquema de financiamento. A Corte, no entanto, *observando que os específicos serviços prestados por Corbeau não eram prestados pelo Régie des Postes* (e portanto

---

3. The Commission shall ensure the application of the provisions of this Article and shall, where necessary, address appropriate directives or decisions to Member States."

[25] Trata-se de uma decorrência da regra do art. 86 (2), segundo a qual as normas do Tratado, em especial aquelas relativas à concorrência, serão aplicáveis aos operadores de serviços de interesse econômico geral apenas na medida em que esta aplicação não prejudique a sua perfomance ou a realização das funções atribuídas a elas.

[26] No caso *Raso*, anulou-se lei italiana que conferira a agências de trabalho das docas o exclusivo direito de fornecer mão de obra temporária, mas permitiu também que essas agências competissem com as empresas que dependiam de seus serviços. V. Case C-163/96 *Silvano Raso* [1998] ECR I-533. Semelhantemente, no caso *ERT*, uma empresa possuía os exclusivos direitos para a transmissão televisiva de programas estrangeiros. Esta empresa, contudo, possuía programas próprios. A situação levava a um provável abuso de posição dominante, com o favorecimento de seus próprios programas. V. Case C-260/89, *Elleniki Radiophonia Tileorassi (ERT) AE v Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas* [1991] ECR I-2925. De todo modo, Nicolas CHARBIT esclarece que *" l'existence d'une position dominante ne saurait en elle-même constituer l'abus, la constitutions d'une telle domination par l'octroi des droits exclusifs ou spéciaux n'est pas en tant que telle interdite par les articles86.3 et 82, sauf abus automatique. La liberté legislative et réglementaire des Etats membres est ainsi formellement respectée"* (in *Le droit de la concurrence et le secteur public*, Paris, Harmattan, 2002, p. 60).

[27] V. Case C-41/90 *Höfner & Elser v Macrotron GmbH* [1991] ECR I-1979. Tratava-se de exame de lei alemão que reservava o serviço de agenciamento de trabalho a uma companhia pública. Uma empresa que pretendia a contratação de executivos impugnou a previsão, informando que a agência em questão não conseguia prover o serviço adequadamente e sem demoras.

[28] Case C-320/91 *Procureur du Roi v Paul Corbeau* [1993] ECR I-2533. A lei em questão conferia a esta empresa o direito exclusivo de distribuir na Bélgica correspondências de qualquer natureza, prevendo penalidades para infrações a estes direitos monopolísticos. A impugnação de Paul Corbeau se deu como defesa, no âmbito de processo criminal movido contra si por violação a este monopólio postal.

não colaboravam para este sistema de financiamento), considerou que não havia razão para o afastamento da concorrência, repreendendo a legislação belga.[29]

2.2.3. Conclusão sobre o caso europeu.

Assim, em resumo, o direito comunitário europeu disciplina a legislação dos Estados Membros de forma dúplice. Quando se trata de regulação de atividades econômicas prestadas em "mercados simples", esta anulação depende de que a lei (i) requeira, favoreça ou reforce a adoção de acordos, decisões ou práticas privadas concertadas infrativas do direito antitruste comunitário; ou (ii) delegue às empresas atuantes no setor a responsabilidade de tomar as decisões econômicas que as afetam. No caso dos mercados em que atuam empresas privilegiadas por controle de entrada ou prestadoras de SIEG, os Estados Membros possuem maior liberdade para restringir a concorrência. Nesta hipótese, a anulação da regulação nacional dependerá da demonstração de que ela (i) gera incentivos à adoção de condutas anticompetitivas; ou (ii) promove afastamento concorrencial mais amplo do que o necessário para a consecução dos objetivos regulatórios.

3. A validade jurídica da lei restritiva da concorrência no Brasil.

No Brasil, a anulação judicial de restrição concorrencial veiculada em lei depende de sua desconformidade com a Constituição Federal. Assim, importa doravante cogitar de possíveis violações legislativas ao princípio constitucional da livre concorrência, norma constitucional que consagra a positivação do valor concorrência.

Pois bem. No que atine a este dever de competitividade, o constituinte brasileiro estabeleceu regimes jurídicos distintos para duas espécies de atividade econômica: os *serviços públicos* e as *atividades econômicas em sentido estrito*.[30] Esta circunstância indica a necessidade de uma exposição bipartida.

(c) 3.1. A regulação dos serviços públicos.

No tocante aos serviços públicos, é a própria Constituição quem estabelece uma exceção aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Para estes serviços, a regra *não é* a liberdade de iniciativa empresarial, a regra *não é* a livre competitividade. Com efeito, estabelece o texto constitucional:

[29] A decisão da Corte é bastante polêmica. Como é evidente, embora este serviço específico não seja prestado pelo *Régie des Postes*, a sua substitutibilidade a alguns produtos efetivamente oferecidos poderá minar o esquema de subsídio interno estabelecido para financiar o serviço postal com tarifa uniforme na Bélgica. Cf, a propósito, Valentine KORAH, *An introductory guide to EC Competition law and practice*, Portland, Hart, 2004, p. 194. Em *Glöckner*, ao contrário do que ocorreu no caso *Corbeau* relatado acima, a exceção do art. 86 (2) foi aplicada em favor do esquema estatal, que conferia à empresa responsável pelo provimento do serviço ambulatório emergencial (não-lucrativo e de interesse social) o monopólio de outro serviço, este sim lucrativo: o transporte ambulatório não emergencial. Os lucros obtidos neste último serviço serviam a financiar o primeiro. O sistema foi impugnado por empresa que pretendia prestar apenas o serviço ambulatório não emergencial, mas a Corte rejeitou a impugnação. V. Case C-475/99 *Ambulanz Glockner v Landkreis Sudwestpfalz* [2001] ECR I-8089.

[30] A classificação das atividades econômicas em sentido amplo é devida a Eros Roberto GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 8. ed., São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 91-93.

> *Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.*
> *Parágrafo único. A lei disporá sobre:*
> *I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;*
> *II - os direitos dos usuários;*
> *III - política tarifária;*
> *IV - a obrigação de manter serviço adequado.*

A exclusão dos deveres estatais relativos à competitividade, para o âmbito da regulação dos serviços públicos, é explícita.[31] Primeiro, porque se permite ao Poder Público prestar diretamente o serviço, mesmo monopolisticamente. Segundo porque se lhe autoriza expressamente o controle das tarifas e o estabelecimento de regras cogentes relativas à qualidade do serviço. Terceiro, porque do Poder Público se *exige* que controle a entrada nos mercados correspondentes a estes serviços. Note-se que, no tocante ao controle de entrada, a regra constitucional é até mesmo impositiva: se é serviço público, não está aberto à livre iniciativa dos operadores particulares. A prestação privada deste serviço dependerá de prévia concessão ou permissão do Poder Público.

A toda evidência, portanto, o regramento constitucional afasta a incidência dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência para os serviços públicos – ao menos, é preciso reconhecer que eles não incidem para gerar deveres ao legislador. Dito mais concretamente, neste campo específico, não há direcionamento constitucional no sentido de que se deva permitir tanta concorrência quanto seja possível do ponto de vista estrutural (ou econômico) do serviço. A Constituição confere ao Poder Público (à União, aos Estados Membros, ao Distrito Federal e aos Municípios, conforme as suas próprias competências) a *decisão política* de submeter ou não a prestação dos serviços públicos à racionalidade concorrencial. Ainda mais: nos casos em que o Poder Público decida pela abertura do serviço à concorrência, cabe-lhe ainda a decisão a propósito do grau e intensidade da competitividade que nele se estabelecerá.

Evidentemente, o Poder Público *pode, se assim entender adequado,* permitir que determinado serviço público seja prestado de maneira concorrencial. Esta opção foi feita recentemente pelo legislador para diversos serviços públicos. Assim, por exemplo, no tocante aos serviços de telecomunicações, a Lei n. 9.472/97 estabeleceu serem eles organizados *"com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica".*[32] Entretanto, essa abertura à

---

[31] V. Calixto SALOMÃO FILHO, *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 141-142. As únicas exceções constitucionais a este raciocínio são os "serviços públicos não privativos do Estado", que são os serviços de educação e saúde. V. arts. 197, 199 e 209 da Constituição.

[32] É a redação do seu artigo 6°. Várias outras disposições da LGT demonstram a opção do legislador pelo modelo concorrencial. Ver, por exemplo, os arts. art. 2°, III e V; art. 3°, II; art. 5°; art. 7° e parágrafos, entre outros. V. também Paulo Leonardo CASAGRANDE, "Controle estrutural

concorrência não derivou de nenhuma imposição constitucional – mas de uma opção política.[33] Também poderia haver o Poder Público optado por soluções diferentes, dentre as quais a prestação direta do serviço por uma empresa estatal, em regime de monopólio. Esta era, inclusive, a opção anterior, sem que por isso se cogitasse de sua inconstitucionalidade por violação ao princípio da livre concorrência.

Portanto, a decisão de submeter ou não determinado serviço público ao modelo concorrencial – e mesmo a decisão correlata de estabelecer o grau de competitividade para cada um destes serviços – cabe ao ente público que detém a sua titularidade.[34] Isso não importa defender que a decisão regulatória em questão é incontrastável juridicamente; apenas não se pode cogitar de anulá-la em função da restrição à competitividade.[35] Em outras palavras, o argumento da limitação concorrencial não tem relevância para a verificação da constitucionalidade da lei que estabelece o marco regulatório de um serviço público. Afinal, se é a própria Constituição quem permite ao Poder Público até mesmo a sua prestação monopolística, permitir a anulação da sua regulação sob o argumento da sua anticompetitividade seria desrespeitar a opção do constituinte.

Estas considerações são particularmente importantes num contexto em que a ciência econômica demonstra a superação de empecilhos técnicos que desaconselhavam a submissão de alguns serviços à concorrência. O mais flagrante exemplo desta realidade é a fragmentação dos serviços públicos em diversas etapas diferentes ("unbundling") e a submissão de algumas delas à competitividade. O fornecimento de energia elétrica, por exemplo, compreende as

---

no setor de telecomunicações: regulação setorial e direito concorrencial nos serviços de telefonia fixa e móvel", *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 11, n. 1, 2004.

[33] Referindo-se a Lei Geral de Telecomunicações, Carlos Ari SUNDFELD afirma que: *"está evidente, aqui, a opção legislativa por um modelo concorrencial. Mas nada obrigava a que assim fosse, sendo constitucionalmente legítima a manutenção do monopólio da antiga Telebrás, o que só não ocorreu porque o legislador entendeu de determinar o contrário"* (in "O CADE e a competição nos serviços públicos". *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo. n.33. 2001, p. 53).

[34] É este também o entendimento de Marçal JUSTEN FILHO, para quem *"os princípios da livre iniciativa e livre concorrência aplicam-se às atividades econômicas em sentido restrito. No tocante aos serviços públicos, faz-se sua atribuição ao Estado, com inevitável cunho de exclusividade. Daí decorre que o serviço público, por ser de titularidade pública, será prestado nas condições estabelecidas pelo ente político que for seu titular. A escolha poderá recair sobre a solução de desempenho direto, em regime de monopólio público. Mas também será cabível o Estado delegar a particulares o desenvolvimento das atividades, seja em situação de monopólio ou em competição. Mas não haveria impedimento a que o Estado prestasse os serviços diretamente e constituísse um ou mais concessionários para atuação simultânea (em competição)"* (*in Teoria geral das concessões de serviço público*, São Paulo, Dialética, 2003, p. 39).

[35] Consagra-se, assim, no particular, uma solução parecida com a do direito americano, em que a opção do regulador por restringir a competitividade não está submetida a controle jurídico – é problema que se resolve na arena política (v. item 2.1. acima). Evidentemente, tanto no caso brasileiro, quanto no americano, é possível cogitar da revisibilidade judicial da regulação com base em outros argumentos. O que deve ficar claro é que não há um dever do regulador de garantir *qualquer nível* de competitividade nos serviços de sua titularidade. Por outro lado, a solução do constituinte brasileiro pode ser contrastada com a opção do direito europeu. Neste último, mesmo as regulações nacionais referentes aos serviços de interesse econômico geral submetem-se a deveres relativos de competitividade. Com efeito, foi visto que a Corte Européia de Justiça vem desconstituindo legislações dos Estados Membros que consagram restrições concorrenciais mais amplas do que aquelas que seriam necessárias para a consecução das finalidades da política nacional (v. item 2.2.2. acima).

atividades de geração, transporte, distribuição e comercialização, as quais antes eram reguladas de forma incindível. Destas, apenas o transporte (transmissão) e a distribuição constituem monopólios naturais – os serviços de geração e comercialização de energia elétrica *podem* ser prestados em regime concorrencial.[36]

O fato é que, ao menos no direito brasileiro, estas considerações não conduzem à declaração de inconstitucionalidade de legislação que não adote a "competitividade possível". Quer dizer: não está o ente federativo titular do serviço público obrigado a separar as atividades, ou a submetê-las à concorrência.[37]

Tampouco a comum alusão ao "risco de fragmentação" da política antitruste[38] que decorreria de sua eventual não-incidência em determinados setores da economia autoriza a limitação da liberdade constitucional para que os titulares dos serviços público estabeleçam o modelo de organização ou prestação que eles julguem adequados. Se tal fragmentação ocorrer, ela será resultado da opção constitucional de privilegiar esta liberdade política, em detrimento da competitividade impositiva.

Todas estas observações levam a concluir que a legislação que estabelecer limites de competitividade para os serviços públicos não poderá ser dita inconstitucional por violação ao princípio da livre concorrência. Este princípio específico não constrange a liberdade do titular do serviço público de organizar a sua prestação como bem lhe aprouver – a intensidade da concorrência, nos serviços públicos, é opção política do ente que detém a sua titularidade.[39]

Ressalve-se apenas que, embora não tenha determinado a concorrência *nos mercados* pertinentes aos serviços públicos, a redação constitucional estipulou, neles, a obrigatoriedade de concorrência *pelo mercado*. Isso deverá ocorrer toda vez que o ente federativo titular do serviço público optar por permitir a sua prestação por particulares (ainda que monopolisticamente). De fato, o *caput* do art. 175 exige que quando os serviços públicos não forem prestados diretamente pelo Poder Público, deverá sê-lo sob regime de concessão ou permissão, mas *sempre através de licitação*. A restrição legislativa a *esta específica forma de competitividade* ("pelo mercado") pode dar ensejo à anulação da lei reguladora de serviços públicos.[40]

---

[36] David WALTENBERG, "O direito da energia elétrica e a ANEEL", in Carlos Ari Sundfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo, Malheiros, 2002, pp.358-370.

[37] Nas palavras de Carlos Ari SUNDFELD: *"Não há, todavia, para os distintos entes estatais titulares do serviço público, qualquer dever constitucional de implementar programas de desregulação, ou de fazê-lo com a velocidade ou profundidade tal ou qual"* (in "O CADE e a competição nos serviços públicos". *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo. n.33. 2001, p. 53).

[38] V., por exemplo, 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. 04. Disponível na internet: http://www.direitodoestado.com.br, acesso em 03/01/2008.

[39] Note-se bem que não se defende aqui a idéia de que serviço público e concorrência sejam idéias inconciliáveis. A tese é outra: a de que, nos serviços públicos, haverá tanta concorrência quanto permita (deseje) o ente federativo que detém a sua titularidade.

[40] Neste mesmo sentido, Calixto SALOMÃO FILHO esclarece que *"apesar da imunidade concorrencial para concessão de serviços públicos, os princípios concorrenciais são perfeitamente aplicáveis ao processo licitatório que antecede a concessão. Isso porque a lei não prevê expressamente a exclusão dos princípios concorrenciais, nem controla variáveis fundamentais para a estratégia da empresa. Em virtude disso, os candidatos à concessão ou permissão deverão ter seus atos submetidos à apreciação da autoridade antitruste. Cite-se, a título de exemplo, um*

3.1.1. A problemática questão do conceito de serviço público.

Tendo em vista que a Constituição não oferece parâmetros explícitos sobre quais atividades constituem serviços públicos – com exceção daqueles expressamente mencionados em seu texto[41] –, é possível antever a crítica de que o entendimento acima permite que o legislador interessado em restringir a competitividade possa sempre fazê-lo, bastando que, para tanto, declare a atividade respectiva como serviço público. O princípio da livre concorrência estaria, assim, à sua completa disposição, só incidindo quando ele quisesse. Dois são os esclarecimentos necessários a este respeito.

Em primeiro lugar, deve-se observar que a opção por estabelecer regimes jurídicos distintos para os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito foi do próprio constituinte. É a Constituição que dispõe que os serviços públicos, quando abertos aos particulares, deverão ser prestados em regime de concessão ou permissão. É a Constituição que permite que esta espécie de atividade econômica seja prestada pelo Poder Público, mesmo monopolisticamente. Então não é possível negar-se a aplicar este regramento específico que a Constituição lhe estabelece, apenas porque não é claro o seu conceito. Pode-se discutir se determinada atividade constitui ou não um serviço público, mas não é possível negar que, *quando este for o caso*, o ente que é o seu titular não tem o dever de submetê-lo à concorrência. Isto por força de determinação constitucional.

Por isto mesmo, não parece necessário definir "serviço público", para que se possa defender a posição acima. Aliás, nem seria adequado tentar fazê-lo neste curto espaço.[42]

A despeito disso, o que pode ser dito é que, sim, há a possibilidade de controle judicial sobre o que o legislador estabelecer como serviço público. No exemplo extremo de Marçal Justen Filho, não caberia ao legislador estipular que a fabricação de cachimbos ou de perucas constitui serviço público[43] – e, portanto, estaria fechada à livre iniciativa. Isto implica defender que *alguma* materialidade compõe o conceito em questão[44] – o legislador não é totalmente livre para decidir as atividades que serão prestadas sob regime de serviço público.

---

consórcio entre dois ou mais agentes do mercado para concorrerem conjuntamente na licitação. Essa operação deve ser submetida ao controle prévio do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, pois há risco evidente de limitação à concorrência no processo licitatório" (in *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 143).

[41] Assim, por exemplo, o serviço de transporte coletivo, de titularidade dos municípios (art. 30, V, da CF). Por outro lado, é controverso que mesmo as atividades previstas no art. 21, XII constituam *necessariamente* serviços públicos. Veja-se, por exemplo, que a produção de energia elétrica, quando para consumo próprio, não constituirá serviço público, não dependendo de permissão ou concessão.

[42] Para esta questão, remete-se à doutrina tradicional do direito administrativo e, em especial, a Marçal JUSTEN FILHO, *Teoria geral das concessões de serviço público*, São Paulo, Dialética, 2003 e Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, 14. ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

[43] Marçal JUSTEN FILHO, *Teoria geral das concessões de serviço público*, São Paulo, Dialética, 2003, p. 21.

[44] Embora seja controverso *quanto* de materialidade há no conceito e *em que* consiste esta materialidade. Diferentes autores já identificaram o critério do serviço público na "satisfação do interesse geral" ou na sua essencialidade para a "coesão social" ou para a "dignidade da pessoa humana", por exemplo.

Assim, é possível questionar judicialmente uma restrição concorrencial que o legislador fundamentou no fato de tratar-se a atividade em questão de serviço público. Entretanto, a argumentação aqui não seria a de que "o serviço público em questão deve ser submetido à concorrência", mas a de que "a atividade em questão não constitui serviço público e, portanto, não está submetida ao regime constitucional derrogatório da livre concorrência". Acatada esta tese, a validade jurídica da restrição concorrencial passaria a ser examinada de acordo com os critérios apresentados abaixo.

(d) 3.2. A regulação das atividades econômicas em sentido estrito.

O regime constitucional das atividades econômicas em sentido estrito é diverso do regime dos serviços públicos. À exceção de algumas atividades excepcionadas na própria Constituição, para as quais se prevê um regime de monopólio[45], a regra é a livre iniciativa empresarial e a livre concorrência. Tendo em vista a incidência destes princípios, é natural que se questione a constitucionalidade de lei que restrinja a concorrência no âmbito destas atividades.

A dificuldade decorre de que a Constituição determina igualmente a proteção a diversos outros valores (ou princípios) jurídicos[46], alguns dos quais podem, em dadas circunstâncias fáticas concretas, ser dificilmente conciliáveis com o ambiente concorrencial.[47] Assim, a legislação que prejudica a concorrência pode estar a serviço destes outros valores jurídicos relevantes. A grande questão, então, é em quais casos essa restrição concorrencial seria realmente inconstitucional. Diante desta dúvida, algumas hipóteses se descortinam:[48]

Em primeiro lugar, é possível cogitar da insindicabilidade jurídica da escolha do legislador. Feita a sua opção por proteger a concorrência ou outro valor jurídico constitucionalmente protegido, descaberia anulá-la judicialmente. A restrição concorrencial veiculada em lei seria, na hipótese, sempre válida, inatacável do ponto de vista jurídico (item 3.2.1). Em segundo lugar, pode-se cogitar da solução segundo a qual haveria uma hierarquia entre os valores jurídicos constitucionalmente protegidos. Assim, a restrição concorrencial seria

[45] Note-se, a propósito, a redação do art. 173 e o art. 177 da Constituição Federal. Cf., ainda, Eros Roberto GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 8. ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 108-109.

[46] A referência ora a *valores* constitucionais, ora a *princípios* deve ser explicada. De acordo com a concepção aqui adotada, princípios são espécies normativas que consagram juridicamente valores, determinando a sua promoção. A restrição a um princípio constitucional (no campo jurídico, do *dever-ser*) corresponde, assim, à restrição (no campo dos fatos, do *ser*) ao valor cuja proteção ele determina. Por outro lado, a restrição ao valor cuja proteção é determinada em um princípio jurídico é o fenômeno equivalente, no mundo dos fatos, à limitação do próprio princípio na esfera normativa.

[47] V., a propósito, o capítulo segundo de Eduardo Ferreira JORDÃO, *Restrições regulatórias à concorrência*, Belo Horizonte, Fórum, 2009.

[48] Evidentemente, essas hipóteses apresentadas acima não são as únicas cogitáveis. Seria possível sustentar, por exemplo, que a ilicitude de uma regulação derivaria de suas origens. Quando um estudo histórico demonstrasse que a medida se originou de demanda da indústria regulada, ela seria tida como protetiva desta e ilícita por violação à concorrência. A fragilidade desta hipótese é bastante clara, razão pela qual não pareceu ao autor necessário incluí-la na lista acima, para análise específica. De todo modo, é evidente que há alguma arbitrariedade na eleição das hipóteses a serem analisadas. O fato é que a lista proposta permite cobrir e criticar as formas mais freqüentemente encontradiças na jurisprudência e na doutrina para resolução de conflito de princípios constitucionais.

válida sempre que houvesse sido produzida para a proteção de valor jurídico *mais importante* (item 3.2.2). Em terceiro lugar e enfim, há a hipótese de ponderação concreta dos valores constitucionais, que advoga uma necessária atenção às circunstâncias do caso concreto, dentre as quais (i) a *razão* da restrição operada à concorrência; (ii) a *intensidade* desta restrição; (ii) a relevância da proteção promovida ao outro valor jurídico em questão; (iv) as circunstâncias fáticas pertinentes. Os critérios tradicionais desta ponderação concreta são a *razoabilidade* e a *proporcionalidade* (item 3.2.4).

Cada uma destas hipóteses será examinada a seguir. Será visto que as duas primeiras não se compatibilizam com o ordenamento jurídico brasileiro. Propor-se-á, então, a adoção da terceira hipótese, defendendo-se que, entre nós, a restrição legislativa da competitividade em atividades econômicas em sentido estrito será inconstitucional apenas quando for *irrazoável* ou *desproporcional*.

3.2.1. A hipótese da insindicabilidade da escolha do legislador.

A primeira hipótese que deve ser examinada é a da insindicabilidade jurídica da opção do legislador. Na ausência de balizas e mandamentos *concretos* de ordem superior, abrir-se-ia uma margem incontrastável de discricionariedade para o legislador. Em suma: caberia a ele fazer a ponderação concreta dos valores jurídicos que lhe cumpre manipular, os quais seriam considerados todos de mesma hierarquia. Feita a escolha pelo regulador de privilegiar um valor em detrimento do outro, não caberia discutir a sua validade jurídica ou pretender anulá-la judicialmente.

Adotada esta primeira hipótese, a resposta à questão “em quais casos a restrição legislativa da concorrência no âmbito de atividades econômicas em sentido estrito é inconstitucional?” seria a seguinte: em nenhum caso. A restrição à concorrência constituiria uma opção *insindicável* do legislador, que poderia promovê-la como lhe aprouvesse, em privilégio a outro valor constitucionalmente protegido. Esta solução conduziria o debate a respeito da anticompetitividade legislativa exclusivamente ao campo político, a exemplo do que ocorre no caso americano. Aproximaria, ainda, o regime de competitividade nas atividades econômicas em sentido estrito àquele dos serviços públicos, apresentado acima.

No direito brasileiro, esta solução é inaceitável. O fato de a Constituição albergar valores contraditórios não significa carta branca para que o legislador possa, sob o pretexto de promover um deles, desconsiderar ou restringir outro, em qualquer intensidade ou por qualquer razão. Muito pelo contrário, está o legislador *obrigado* a buscar a compatibilização destes valores e a só restringi-los justificadamente. Eis aí uma conseqüência direta do estabelecimento de um Estado de Direito, em que se proscreve o exercício arbitrário de poderes públicos.[49]

É fundamental perceber que, no que atine especificamente à proteção da competitividade, o legislador está diferentemente constrito, quer se trate a atividade em questão de serviço público ou de atividade econômica em sentido

[49] Paulo BONAVIDES, “O principio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte. v.34. n.34. 1994, p. 281-285; e Willis Santiago GUERRA FILHO, “Princípio da proporcionalidade e teoria do direito”. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*. Franca. v.3. n.4, maio. 2000, p. 197; Gilmar Ferreira MENDES, “O princípio da proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras”, *IOB-Repertório de Jurisprudência*: tributário, constitucional e administrativo. São Paulo. n.14. jul. 2000, p. 372.

estrito. No caso do serviço público, é a própria Constituição que afasta do legislador o dever de proteção da competitividade, ao lhe conferir a competência política de escolher o modelo de organização ou de prestação que julgue adequados – aí incluído até mesmo o modelo monopolístico. Dito de outro modo, é a própria Constituição que fixa a possibilidade de estabelecimento de um regime derrogatório da concorrência.

Para as atividades econômicas em sentido estrito, a situação é completamente diferente. Uma vez que a Constituição não afastou a incidência do princípio da livre concorrência, o legislador está por ele constrito, quando regular estas atividades. Assim, embora se admitam restrições legislativas à competitividade no âmbito destes serviços, *nem todas* estas restrições serão necessariamente constitucionais. Mesmo quando a restrição concorrencial possuir a *finalidade* ou o *efeito* de proteção a outro valor constitucionalmente protegido, poderá ela ser incompatível com a Constituição.

Isto implica que o legislador não poderá impor restrições à concorrência a seu bel-prazer, nem mesmo quando amparado pelo argumento da proteção a outro valor jurídico de estatura constitucional. Contudo, permanece a dúvida sobre os critérios específicos que limitam a sua discricionariedade. Daí porque é essencial prosseguir no exame das demais hipóteses.

3.2.2. A hipótese da hierarquização de princípios constitucionais.

A segunda hipótese a ser examinada é aquela segundo a qual haveria uma hierarquia entre os valores constitucionais, de modo que, na hipótese em que eles viessem a se chocar, prevaleceria necessariamente o "mais importante" deles. Neste sentido, a constitucionalidade da legislação restritiva da concorrência no âmbito das atividades econômicas em sentido estrito dependeria de ela visar à consagração de um valor *mais importante*. Assim, por exemplo, uma lei que restringisse a concorrência sob o argumento de promover a dignidade da pessoa humana seria constitucional, uma vez que este princípio seria mais valioso que aquele.

No que toca à liberdade concedida ao legislador, este enfoque é diametralmente oposto ao anterior. Na hipótese da insindicabilidade da opção do legislador, acaba-se por conferir-lhe deferência demasiada e injustificável, de maneira que todas as suas escolhas por privilegiar um ou outro valor constitucional são lícitas – cabe a ele, afinal, optar por valores de igual dignidade. Nesta segunda hipótese, ata-se significativamente o legislador, entendendo que lhe caberia ponderação autônoma bastante reduzida: já haveria uma pré-resolução dos conflitos de valores pelo constituinte, que assinaria relevâncias distintas a cada um deles.

Esta concepção produz dificuldades de toda espécie. Para começar, é bastante difícil ao intérprete justificar a atribuição de maior relevância a um ou outro valor (ou princípio) constitucional, quando a Constituição não o faz diretamente.[50] Até seria possível argumentar – com algum esforço, mas não sem

[50] Concordantemente, Luis Roberto BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 187; e Humberto ÁVILA, *Teoria dos princípios,* 7. ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 125. Por outro lado, sustentando a existência de hierarquia entre diferentes "interesses" protegidos na Constituição, v. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, "As categorias de interesses na Constituição de 1988", *Revista Forense,* Rio de Janeiro, v. 85, n. 307, jul/set, 1989, p. 19

resistência – que aquilo que a Constituição elenca como "fundamento da República" (art. 1º) deveria prevalecer sobre meros "princípios da Ordem Econômica" (art. 170). Mas ainda assim, o que fazer quando se tratar de conflitos de diferentes fundamentos da República? Vários são os exemplos de situações em que, para garantir a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), é necessário restringir a livre iniciativa (art. 1º, IV). E quando se tratar de colisão do princípio da livre concorrência (art. 170, IV) com outros princípios da Ordem Econômica, como a defesa do consumidor (art. 170, V), a redução das desigualdades sociais (art. 170, VII) e o tratamento favorecido para empresas de pequeno porte (art. 170, IX)? Nestes casos, parece evidente que a escolha por um ou outro fator dependerá das circunstâncias do caso concreto e mesmo da ideologia do intérprete – e isso é incompatível com a idéia de que haveria uma pré-figuração de importância para cada princípio.

Residem precisamente aí os dois outros grandes problemas desta concepção. Em primeiro lugar, ela ignora que a grande dificuldade referente ao conflitos de princípios ou valores constitucionais está nas peculiaridades concretas de cada caso, e não numa ponderação abstrata de prevalência de um sobre outro. Para dizer bem concretamente, a discussão que se põe diuturnamente não é a de se a livre iniciativa deve prevalecer sobre a defesa do consumidor, mas, por exemplo, quanto da livre iniciativa seria possível eliminar para conceder um benefício determinad ao consumidor. Em outras palavras, ainda que se admita a prevalência da defesa do consumidor sobre a livre iniciativa, não estaria claro porque, num exemplo extremo, seria desejável reduzir esta em um grau máximo com o fim de ampliar aquela em grau ínfimo. Isso significa que os conflitos de princípios não se resolvem no plano conceitual ou abstrato, mas no plano dos fatos e com referência às circunstâncias de cada caso concreto.

Ademais disso, na ausência de específicas balizas positivadas, a discussão a propósito da maior ou menor importância dos princípios ou valores constitucionais acabará sendo resolvida pela ideologia do intérprete. E, assim, abre-se um espaço perigoso para que a heteronomia do Direito dê ensejo à autonomia do intérprete.[51] Os riscos decorrentes desta hipótese são ainda maiores em razão de que a eventual revisão judicial da legislação possibilita a substituição absoluta do legislador pelo magistrado. Bastaria a este magistrado entender o valor restringido como "mais importante" que o restringente para que estivesse legitimado a anular a legislação, por inconstitucionalidade. Nada mais flagrantemente inapropriado.

Surpreendentemente, no entanto, este raciocínio de hierarquização de valores constitucionais esteve presente em recentes julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Em um deles, tratava-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) contra lei do Espírito Santo que garantia a "meia-entrada" em estabelecimentos de cultura, esporte e lazer a doadores regulares de sangue.[52] Bastava que o doador comprovasse a regularidade de suas doações para ter acesso a estas localidades pagando apenas a metade do valor do seu ingresso. Instado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade da lei, o Tribunal julgou improcedente a ADI, anotando que *"na composição entre o princípio da livre*

[51] Cf. Marçal JUSTEN FILHO, *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 10.
[52] V. Lei Estadual n. 7.737/2004, do Estado do Espírito Santo.

iniciativa e o direito à vida há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário".[53] Em outro caso, teve o STF que pronunciar-se em ADI contra lei do Estado de São Paulo que assegurava meia-entrada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino.[54] Entendeu o Colendo Tribunal pela constitucionalidade da lei, valendo-se do seguinte argumento: *"Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes"*.[55]

Uma análise dessas duas decisões permite ilustrar as críticas que se fizeram a esta forma de resolução de conflitos de valores (ou princípios) constitucionais. A idéia da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é uma das formas mediante as quais ela se expressa.[56] Nos dois casos acima, a livre iniciativa foi considerada *menos importante* que "o direito à vida" e "o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto", por serem estes de "interesse público", enquanto aquele, de "interesse privado".

A doutrina publicista mais moderna tem discorrido extensamente sobre a questão da suposta supremacia do interesse público sobre o interesse privado, apontando a sua incompatibilidade com o nosso ordenamento jurídico e sublinhando as suas dificuldades conceituais.[57] O primeiro grande problema é a irrealidade da pressuposição da existência de um interesse público único e bem definido. A complexa sociedade moderna é palco de inúmeros conflitos de diferentes *interesses públicos*, merecedores de semelhante estatura constitucional.[58] Nos próprios casos citados, esta visão simplista da realidade se apresenta. Supor que a livre iniciativa é meramente um "interesse privado" é

---

[53] STF, ADI 3512/ES, Relatoria do Ministro Eros Roberto Grau, julgado em 15/02/2006. Requerente: Governador do Estado do Espírito Santo; Requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Restou vencido o Ministro Marco Aurélio de Mello. Neste caso, a questão principal não era a violação à livre iniciativa, mas isto também foi examinado. Decidiu-se pela inexistência da violação com base neste argumento da prevalência do direito à vida.

[54] V. Lei Estadual n. 7.844/92, do Estado de São Paulo.

[55] STF, ADI 1950/SP, Relatoria do Ministro Eros Roberto Grau, julgado em 03/11/2005. Requerente: Confederação Nacional do Comércio (CNC); Requerida: Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.

[56] O principal defensor da existência de um "princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado" em nosso ordenamento é Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, para quem ele constitui *"verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último"* (in *Curso de Direito Administrativo*, 14ª edição, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 41).

[57] V., por exemplo, Gustavo BINENBOJM, "Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n.239. p.1-31; e Humberto ÁVILA, "Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular", *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, 24/159-180, São Paulo, Malheiros, 1999. Marçal JUSTEN FILHO demonstra que todas as formas de compreensão do "interesse público", seja como soma dos interesses privados, como interesse da maioria ou como interesse comum, são insatisfatórias (v. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2005, pp. 35-40).

[58] V. Alexandre dos Santos ARAGÃO, "O princípio da proporcionalidade no direito econômico". *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v.98. n.359. jan./fev. 2002, p. 11.

perder de vista os benefícios sociais que dela decorrem.[59] A própria Constituição a consagra como de interesse social (notem-se os termos usados no art. 1º, IV, da CF). Daí a conclusão de que houve, na verdade, nestes como em vários outros casos[60], conflito de diferentes interesses públicos.

O segundo problema é o enfrentamento do conflito em abstrato. A questão da constitucionalidade da legislação, submetida ao Supremo Tribunal Federal, foi reportada a um conflito abstrato entre o "direito à vida" e a livre iniciativa, no primeiro caso, e entre "o direito à educação, à cultura e ao desporto" e a livre iniciativa, no segundo. Postos nestes termos, os conflitos até podem parecer de fácil resolução, mas isso decorre de uma mera simplificação do problema. No primeiro caso, não estavam em jogo, abstratamente, o direito à vida e a livre iniciativa. Não se tratava da aniquilação necessária de um ou outro bem jurídico. Tratava-se de examinar a validade jurídica da imposição de um ônus econômico a agentes econômicos (ou aos outros consumidores, na hipótese de repasse desse ônus ao preço do serviço) para financiar a adoção de uma política pública de incentivo à doação de sangue.[61] O essencial para a avaliação da licitude não era perguntar qual bem jurídico é mais valioso, mas examinar se a medida em questão era efetivamente razoável e proporcional ao fim a que se destinava. Igualmente, no que concerne ao segundo caso, seria necessário haver questionado: haveria uma forma menos onerosa de atingir a finalidade pública de promover o acesso à educação, à cultura e ao desporto? A *medida* (ou grau) dos benefícios educacionais ou culturais promovidos pela regulação em questão

---

[59] Veja-se, a propósito, o capítulo 2 desta dissertação.

[60] Noutros casos este conflito é ainda mais evidente. Veja-se o exemplo citado por Marçal JUSTEN FILHO: *"Imagine-se que o aumento do tráfego torne necessária a duplicação de uma rodovia. O congestionamento rodoviário provoca atrasos, acidentes e poluição. É inegável a existência de interesse público em promover a duplicação. Suponha-se, no entanto, que a duplicação acarrete a necessidade de desmatamento de uma área florestal de preservação permanente, de grande valor ecológico. Ou que existam sítios arqueológicos de valor inestimável que serão destruídos em virtude da duplicação da rodovia. Ou que a duplicação exija o deslocamento de grande quantidade de moradores de baixa renda, remetendo-se ao constrangimento de total afastamento do núcleo urbano. Seria inquestionável a existência de interesses públicos potencialmente lesados em virtude da duplicação da rodovia"* (in Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 42).

[61] Neste sentido, afirma o Ministro Marco Aurélio de Melo, em seu vencido voto vista na ADI 1950/SP: *"Essa forma de dispor, entretanto, com interferência de fundo na livre iniciativa, sem uma contrapartida, cumprimentando o Estado - e a premissa é esta - com chapéu alheio, é consentânea com a Constituição Federal? A meu ver, não, por pecar até mesmo no tratamento de desiguais de forma igual, sem distinguir aquele que tem recursos do que não tem para efetuar o pagamento. A norma conflita com fundamento da República, que é a livre iniciativa. (...) Não vejo como se estabelecer, e de forma linear, o que apontei como gratuidade parcial, a meia-entrada para ingresso em espetáculos diversificados. Não vejo como se fixar esse ônus, que acaba sendo suportado, ante a transferência, pela sociedade, tendo em conta a majoração da entrada para aqueles que não gozam do benefício, mediante uma norma, repito, não razoável, porque nela não se contém a contrapartida, ou seja, uma compensação - havendo uma desvantagem significativa - da perda por aqueles que se lançam no mercado, na vida comercial, e precisam fugir à morte civil nessa mesma vida comercial, que é a falência"*. Semelhantemente, apontou o Ministro Cesar Peluzo que encontrava *"grande dificuldade para ajustar esta norma ao art. 23, V, ao dizer que compete ao Estado: 'proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação...'. Primeiro porque o Estado não está proporcionando nada, está obrigando o particular a proporcionar. Segundo, se o argumento fosse verdadeiro, o Estado poderia baixar norma que estatua que menor de doze anos paga dez por cento da mensalidade escolar e outras análogas"*. (in STF, ADI 1950/SP, Relatoria do Ministro Eros Roberto Grau, julgado em 03/11/2005. Requerente: Confederação Nacional do Comércio (CNC); Requerida: Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo).

justificaria a *medida* (ou grau) da restrição promovida na livre iniciativa? Estas perguntas permitiriam que o problema em questão fosse efetivamente enfrentado.[62]

Finalmente, é essencial notar que esta manipulação da discussão a níveis mais abstratos, se levada às últimas conseqüências, pode produzir resultados esdrúxulos. Como o direito à vida é mais relevante que o direito à integridade física, seria possível admitir um pouco de tortura a um criminoso, para que ele delatasse o seu comparsa homicida. Se o direito à educação é mais relevante que o egoístico direito à propriedade, seria aceitável a desapropriação de um terreno sem quaisquer indenizações para a construção de uma escola pública.[63]

Estes exemplos provam duas coisas. A primeira delas é que reportar as discussões concretas dos conflitos normativos à abstração dos valores envolvidos pode resultar na desnecessária aniquilação de direitos fundamentais. A segunda é a importância da retórica na descrição das finalidades buscadas por uma medida legislativa e dos bens jurídicos lesados. Cada medida regulatória específica pode ser reportada a bens jurídicos mais ou menos abstratos, mais ou menos relevantes, a depender da conveniência ideológica do intérprete. Tudo isto se agrava ao se perceber que caberia ao juiz, no julgamento do conflito, avaliar se a política pública em questão é lícita, de acordo com a valoração que ele faz dos bens jurídicos que ele mesmo contraporá retoricamente.

Portanto, a tese da hierarquização de valores ou princípios constitucionais não é adequada para a realização dos eventuais conflitos entre eles – não devendo ser adotada para definir a constitucionalidade de uma restrição legislativa da concorrência. Num contexto de pluralidade de valores contraditórios e de semelhante estatura constitucional, é mais coerente julgar a restrição a um deles *com referência à razão e à medida desta restrição, vis-à-vis* com as finalidades buscadas. Assim se chega à próxima hipótese.

3.2.3. A ponderação concreta de princípios constitucionais.

A última hipótese de resolução de conflito de princípios constitucionais é a que requer a ponderação concreta dos valores envolvidos, com referência às circunstâncias fáticas pertinentes. É esta a hipótese adequada para julgar as restrições à concorrência no âmbito das atividades econômicas em sentido estrito. Elas serão constitucionais a depender da razão que a motiva, da sua capacidade para promoção de outros valores de dignidade constitucional e da intensidade que qualifica tanto a restrição à concorrência, como a promoção destes outros valores.

Estas considerações remetem à teoria da "ponderação dos princípios constitucionais".[64] Ela não impede uma formulação abstrata para a resposta à

[62] Note-se não haver aqui um posicionamento do autor pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis examinadas nas duas ADI mencionadas. O que não parece adequado é o caminho percorrido pelo Supremo Tribunal Federal para atingir a sua própria decisão – a crítica é à argumentação, e não ao resultado final do julgamento.

[63] Em sentido semelhante, v. Floriano de Azevedo MARQUES NETO, "O conflito entre princípios constitucionais: breves pautas para sua solução". *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo. v.3. n.10. jan./mar. 1995, p. 43.

[64] Para Daniel SARMENTO, *"a resolução dos conflitos entre princípios constitucionais requer uma análise da situação concreta em que emergiu o conflito. O equacionamento das tensões principiológicas só pode ser empreendido à luz das variáveis fáticas do caso, as quais indicarão ao intérprete o peso específico que deve ser atribuído a cada cânone constitucional em confronto. E a técnica de decisão que, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, atribui especial relevância às suas dimensões fáticas, é o método de ponderação de bens"* (in "Os princípios

questão objeto deste capítulo – mas os elementos desta formulação devem fazer referência direta às circunstâncias fáticas da restrição operada legislativamente; e a verificação deles depende da atenção a estas circunstâncias. A formulação aqui proposta é a seguinte: a restrição legislativa à concorrência no âmbito de atividades econômicas em sentido estrito será juridicamente válida quando for *razoável e proporcional.* São estes os dois critérios da ponderação concreta a ser procedida pelo Poder Judiciário.

Assim, tomada em termos amplos, a questão da constitucionalidade da legislação anticompetitiva, no Brasil, importa a aplicação de um teste bifásico.[65] O exame da razoabilidade da restrição, que constitui a primeira fase deste teste, visa a comprovar a existência de uma razão de dignidade constitucional que justifique a restrição. Já o exame de proporcionalidade envolve uma análise da relação existente entre as finalidades buscadas e os meios para tanto escolhidos. Uma medida será dita proporcional quando seja *adequada*, *necessária* e *proporcional em sentido estrito*. A desproporcionalidade é característica das medidas que não são aptas a realizar a finalidade pretendida; que vão além do necessário para atingi-la (causando restrições despiciendas); ou, finalmente, que sejam desproporcionais em sentido estrito.

Os deveres de razoabilidade e proporcionalidade são amplamente reconhecidos, na doutrina e na jurisprudência nacional, como condicionantes da atuação estatal. Considera-se comumente que os seus fundamentos normativos estariam nos princípios da legalidade e da finalidade (art. 5º, II e LXIX, 37 e 84, IV, da CF)[66], bem como no princípio de justiça (Preâmbulo e art. 3º da CF), do Estado de Direito (art. 1º da CF)[67] e do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF).[68] Por sua força, nenhuma atuação pública, seja ela de natureza administrativa, legislativa ou jurisdicional, é juridicamente válida se restringir de forma irrazoável ou desproporcional os direitos fundamentais e os princípios constitucionais.[69]

---

constitucionais e a ponderação de bens", em Ricardo Lobo Torres (org), *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 55).

[65] Note-se que, no âmbito das atividades econômicas em sentido estrito, a solução brasileira aqui proposta é menos rígida do que a européia. Para este caso, a Corte Européia de Justiça tem restringido consideravelmente a liberdade política dos Estados-Membros, negando-se a acolher argumentos referentes ao mérito da regulação estatal que afasta a competitividade. A postura tem sido largamente criticada pela doutrina, que, curiosamente, propõe um teste parecido ao que é aplicável no caso brasileiro. Ver item 2.2.1 acima e, especialmente, Luc GYSELEN, "Anti-competitive state measures under the EC Treaty: towards a substantive legality standard", *European Law Review 1993*, Supp. (Comp. Law checklist), pp. 55-89.

[66] Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de direito administrativo,* 14. ed., São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 90-92.

[67] Paulo BONAVIDES, "O principio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte. v.34. n.34. 1994, p. 281-285; e Willis Santiago GUERRA FILHO, "Princípio da proporcionalidade e teoria do direito". *Revista Jurídica da Universidade de Franca*. Franca. v.3. n.4, maio. 2000, p. 197; Gilmar Ferreira MENDES, "O princípio da proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras", *IOB-Repertório de Jurisprudência*: tributário, constitucional e administrativo. São Paulo. n.14. jul. 2000, p. 372.

[68] Humberto ÁVILA, *Teoria dos princípios,* 7. ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 155; José Afonso da SILVA, "Controle da constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema". *Interesse Público*. Sapucaia do Sul, RS. v.5. n.25. maio/jun. 2004, p. 20.

[69] Registre-se a importante divergência de Luis Virgílio AFONSO DA SILVA, para quem *"a busca por uma fundamentação jurídico-positiva da regra da proporcionalidade é uma busca fadada a ser infrutífera. A exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisão entre direitos*

3.2.3.1. Razoabilidade e proporcionalidade como postulados normativos.

Razoabilidade e proporcionalidade são entendidas neste trabalho como postulados normativos aplicativos, e não como regras ou princípios constitucionais.[70] Enquanto os princípios implicam o dever imediato de realizar um estado de coisas e as regras implicam o dever imediato de adotar a conduta descrita na norma, o postulado normativo *rege a aplicação destas outras duas espécies normativas*, estruturando a sua aplicação concreta. Dirige-se, pois, ao intérprete, constituindo-se em normas imediatamente metódicas. Daí se afirmar que os postulados normativos são normas de segundo-grau ou *meta-normas*; por atuarem no plano das normas, e não no plano dos fatos.[71]

No que importa ao objeto deste capítulo, é necessário esclarecer que os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade atuam como critérios para a resolução de conflitos de princípios. Sob o âmbito de uma ordem normativa heterogênea e complexa, é comum que um ato tendente à realização do estado de coisas imposto por um princípio importe a restrição das finalidades impostas por outro princípio. Nesta hipótese, a conduta parece autorizada por um deles, mas proscrita pelo outro. Sua licitude dependerá, então, de que a restrição promovida a um dos princípios tenha sido *razoável* e *proporcional*. Note-se bem que, na hipótese de descumprimento destes deveres, haverá violação *do princípio restringido* – e não da proporcionalidade e da razoabilidade em si. Por detrás da aplicação dos postulados normativos, há sempre outras normas jurídicas.

No mais, apesar de freqüentemente confundidos na jurisprudência e na doutrina, os deveres de razoabilidade e de proporcionalidade são distintos.[72] Especifique-se o conteúdo de cada um deles.

---

fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais" (v. o seu "O proporcional e o razoável". *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v.91. n.798. abr. 2002, p. 34).

[70] Seguem-se largamente, aqui, os ensinamentos de Humberto ÁVILA. Cf. o seu "Redefinição do dever de proporcionalidade". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n.215.. jan./mar. 1999, em especial as pp. 44-51. Vale a pena transcrever os conceitos de regras e princípios propostos pelo professor gaúcho, e aqui adotados: *"As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção"* (in *Teoria dos princípios,* 7. ed., São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 78-79).

[71] *"A análise dos postulados de razoabilidade e de proporcionalidade, por exemplo, está longe de exigir do aplicador uma mera atividade subsuntiva. Eles demandam, em vez disso, a ordenação e a relação entre vários elementos (meio e fim, critério e medida, regra geral e caso individual), e não um mero exame de correspondência entre a hipótese normativa e os elementos de fato"* (in Humberto ÁVILA, *Teoria dos princípios,* 7. ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 136). Para Willis Santiago GUERRA FILHO, a proporcionalidade é um "princípio dos princípios" (in "Princípio da proporcionalidade e teoria do direito". *Revista Jurídica da Universidade de Franca*. Franca. v.3. n.4, maio. 2000, p. 197).

[72] Entendendo como intrinsecamente conectados os "princípios" da razoabilidade e da proporcionalidade, v., por exemplo, Luis Roberto BARROSO, "Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional". *BDA: Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo. v.13. n.3. mar. 1997, p. 158-159; Luiz Alberto ROCHA "Princípio da razoabilidade", *Revista*

3.2.3.2. A razoabilidade e suas diferentes acepções.

Várias são as acepções que o dever de razoabilidade assume no direito brasileiro. De acordo com a sistematização de Humberto Ávila, três sentidos prevalecem: razoabilidade como (i) eqüidade; (ii) equivalência e (iii) congruência.[73] No primeiro sentido, a razoabilidade determina a compatibilização da previsão normativa abstrata com o caso concreto. Possui o efeito de afastar as interpretações literais que dariam ensejo a conseqüências *irrazoáveis*, destoando axiologicamente da norma aplicanda. Na acepção de equivalência, a razoabilidade requer correspondência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Um exemplo de conseqüência desta determinação é o estabelecimento de uma sanção de acordo com a culpabilidade do sancionado ou a reincidência da infração. Finalmente, a razoabilidade como congruência requer a existência de um suporte empírico que fundamente a medida examinada. Por sua força, são inválidas as medidas que tenham sido estabelecidas arbitrariamente, à ausência de causas faticamente verificáveis. Viola-se, aqui, a exigência de vinculação à realidade.

Para o exame da validade jurídica da restrição concorrencial veiculada em lei, é particularmente relevante esta última acepção da razoabilidade. Ela impede a adoção de restrições à competitividade cujo objetivo seja meramente protetivo (de algumas) das empresas incumbentes, às expensas dos potenciais (e efetivos) concorrentes e dos consumidores dos serviços e bens fornecidos. Neste caso, o exame da razoabilidade liga-se à análise da *causa*, do *motivo* da restrição concorrencial operada. Restrições sem causa constitucionalmente protegida ou faticamente verificável são irrazoáveis.

Ilustração importante da aplicação concreta do dever de razoabilidade pode ser feita com referência à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em um caso, esta Corte julgou inconstitucional lei federal que exigia comprovação de condições de capacidade para desempenho da profissão de corretor de imóveis.[74] Entendeu-se não haver, *no caso específico desta profissão*, razão a justificar a restrição à liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão: nenhuma técnica específica era necessária para o seu desempenho, nenhum risco social relevante decorreria do seu exercício por um inepto.[75]

Forense. Rio de Janeiro. v.98. n.360. mar./abr. 2002, p. 358; Mauro Roberto Gomes de MATTOS, "Da falta de razoabilidade do Poder Legiferante". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n.213. jul./set. 1998; Daniel SARMENTO, "Os princípios constitucionais e a ponderação de bens", em Ricardo Lobo Torres (org), *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Com compreensão diversa, ver, principalmente, Luís Virgílio Afonso da SILVA, para quem *"a regra da proporcionalidade, contudo, diferencia-se da razoabilidade não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura"* (in "O proporcional e o razoável". *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v.91. n.798. abr. 2002, pp. 27-31).

[73] Humberto ÁVILA, *Teoria dos princípios,* 7. ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p.151 e ss.

[74] STF, Rp 930/DF; Tribunal Pleno; Relator: Min. Cordeiro Guerra; Relator p/ Acórdão: Min. Rodrigues Alckmin, DJ 05/05/1976. Humberto ÁVILA cita este caso como exemplo de aplicação, pelo STF, da proporcionalidade por adequação – entendimento do qual não compartilhamos. V. o seu *Teoria dos princípios,* 7. ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p.170.

[75] Cita-se trecho relevante do voto condutor da maioria, do Ministro Rodrigues Alckmin, em que ele justifica porque entendida a restrição inconstitucional: *"Primeiro, porque essa atividade, mesmo exercida por inepto, não prejudicará diretamente direito de terceiro. Quem não consegue obter comprador para propriedades cuja venda promova, a ninguém prejudica, mais que a si próprio. Em segundo lugar, porque não há requisito algum de capacidade técnica para exercê-la. Que diploma, que aprendizado, que prova de conhecimento se exige para o exercício dessa profissão? Nenhum*

É esclarecedora, também, a jurisprudência do STF relativa à limitação geográfica para a instalação de estabelecimentos comerciais. Numa série de casos, esta Corte reputou que violavam a Constituição leis municipais que estabeleciam distanciamento geográfico entre farmácias e drogarias.[76] Entendeu-se aqui que a restrição concorrencial era *irrazoável*. Entretanto, quando se tratou de julgar leis municipais que estipulavam distâncias mínimas entre *postos de combustíveis*, o resultado do julgamento foi diferente. O fundamento foi o de que o alto risco da atividade justificava o prudente distanciamento, na mesma área geográfica, de estabelecimentos congêneres.[77] Aqui, a limitação concorrencial geográfica foi julgada razoável, por fundar-se na proteção da segurança pública.

Cite-se, finalmente, o julgamento de leis municipais que impediam a abertura, fora dos horários normais de funcionamento, das farmácias e drogarias que não estivessem escaladas para cumprimento de plantões obrigatórios.[78] O programa regulatório, que evidentemente restringe a competitividade, foi julgado constitucional *por viabilizar o sistema de plantão*, de interesse público.[79] Note-se que a concorrência livre nestes horários específicos poderia prejudicar o atingimento, por cada uma das farmácias, do lucro mínimo que justificaria a sua abertura – e isso poderia implicar a ausência de oferta deste serviço para o consumidor que dele necessitasse.[80] É, portanto, razoável (há razão legítima para) que ela seja restringida.[81]

é necessário. (...) Como conseqüência, o interesse público de forma alguma impõe seja regulamentada a profissão de 'corretor de imóveis', como não o impõe com relação a tantas e tantas atividades profissionais que, por dispensarem maiores conhecimentos técnicos ou aptidões especiais físicas ou morais, também não se regulamentam" (v. p. 16 do voto vista). Com fundamentos semelhantes, Eros Roberto GRAU já defendeu em parecer a inconstitucionalidade da exigência de curso superior para o exercício do jornalismo. Cf. "Jornalista: curso superior; princípio da proporcionalidade". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n.220. p.278-92. abr./jun. 2000.

[76] STF, RE 199.517/SP; Tribunal Pleno; Relator: Min. Carlos Velloso; Relator p/Acórdão: Min. Maurício Corrêa; DJ 13/11/1998; STF, RE 193.749/SP; Tribunal Pleno; Relator: Min. Carlos Velloso; Relator p/Acórdão: Min. Maurício Corrêa; DJ 04/06/1998; STF, ADI 2327/SP; Tribunal Pleno; Relator: Min. Gilmar Mendes; DJ 22/08/2003. Foi mesmo estabelecida, em 24/09/2003, a súmula n. 646, segundo a qual: *"Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área"*.

[77] Cf. STF, RE 204.187/MG; 2ª Turma; Relatora: Min. Ellen Gracie; DJ 02/04/2004. Ver também o voto do Min. Gilmar Mendes. E ainda: STF, RE 235.736/MG, 1ª Turma, Relator: Min. Ilmar Galvão, DJ 5/2/2000; e STF, RE 199.101/SC, 1ª Turma; Relator: Min. Sepúlveda Pertence; DJ 30/09/2005.

[78] STF, RE 174.645/SP; 2ª Turma; Relator: Min. Maurício Corrêa; DJ 27/02/1998; STF, RE 189.170/SP; 2ª Turma; Relator: Min. Marco Aurélio; DJ 08/08/2003; STF, RE 274.028/SP; Relator: Min. Moreira Alves; DJ 10/08/2001; STF, AI-AgR 481.886/SP; Relator: Min. Carlos Velloso; DJ 01/04/2005.

[79] Sobre a regulação do horário de funcionamento das farmácias, v. Ana Maria A. Figueiredo de SOUZA; Filipe Cleodon Cordeiro de MEDEIROS; Silvia Badim MARQUES, "Regulação sanitária por um enfoque judicial: o horário de funcionamento de farmácias e drogarias no Estado de São Paulo". *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo. v.3. n.3, nov. 2002, em especial pp. 48-50.

[80] Destaca-se um trecho da decisão: *"Ao Governo Municipal, nos limites da sua competência legislativa e administrativa, cumpre não apenas garantir a oferta da mercadoria ao consumidor, mas, indiretamente, disciplinar a atividade comercial, e, evitando a dominação do mercado por oligopólio, possibilitar ao pequeno comerciante retorno para as despesas decorrentes do plantão obrigatório"* (in RE 174.645/SP; 2ª Turma; Relator: Min. Maurício Corrêa; DJ 27/02/1998).

[81] Finalmente, o Supremo Tribunal Federal já julgou constitucional lei federal que estabelecia o controle das mensalidades escolares por entender que *"para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via*

Nas decisões mencionadas acima em que decidiu pela constitucionalidade das leis, o Supremo Tribunal Federal promoveu um exame da razoabilidade das restrições às liberdades de concorrência e de iniciativa. Apontaram-se as circunstâncias fáticas e jurídicas que motivavam a restrição concorrencial. Para o enfrentamento de toda a problemática envolvida nestas questões, contudo, parece ter faltado um exame adicional, da *proporcionalidade* destas restrições. Um exemplo muito simples ajuda a compreender o problema. Embora seja de fato razoável estabelecer o distanciamento de postos de combustíveis, por razões ligadas à segurança pública, isto não significa que *qualquer distanciamento previsto em lei para este fim* seja juridicamente válido. Tome-se o caso concreto das leis cuja constitucionalidade foi questionada. Enquanto uma delas dispunha que os postos de combustíveis deveriam distar 500 metros uns dos outros[82], outra estipulava a distância mínima necessária em 800 metros.[83] A diferença permite questionar se a segunda lei não estaria indo além do necessário para a proteção da segurança pública – e, com isso, limitando excessivamente a concorrência e causando prejuízos ao consumidor. Ainda que este não seja o caso, o que dizer de uma lei que estipulasse a distância mínima entre os postos em 1500 metros?

Estas considerações evidenciam que a razoabilidade de uma restrição concorrencial, apesar de relevante, não determina a sua validade jurídica – será sempre necessário avaliar, também, a sua proporcionalidade.[84]

---

legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros" (in STF, ADI-QO 319/DF; Tribunal Pleno; Relator: Min. Moreira Alves; DJ 30/04/1993). Destaque-se a divergência do Ministro Marco Aurélio, para quem a lei em questão *"introduz critérios de reajuste de mensalidades, jungindo-os inteiramente, seja qual for a prática adotada por esta ou aquela escola, ao percentual mínimo mensal dos salários em geral, fixado no inciso II do artigo 2º da Lei n. 8.030, de 13 de abril de 1990. Com isto, deixa de estimular a educação, conflitando com o artigo 205 aludido. Inibe a iniciativa privada no que introduz desequilíbrio nas relações jurídicas mantidas entre alunos ou pais de alunos e as escolas, forçando a fuga destas últimas do campo no qual vêm atuando, discrepando, assim, da previsão do artigo 209 antes referido. Interfere na livre concorrência dos estabelecimentos de ensino, distanciando-se, assim, do mandamento constitucional pertinente - inciso IV do artigo 170. Introduz mecanismos de preços que coloca em plano secundário a liberdade de mercado, acabando por forçar os prestadores dos serviços a aceitá-lo, ainda que em prejuízo até mesmo da qualidade do ensino e do empreendimento econômico, ante o evidente achatamento das mensalidades, com quebra, inclusive, da natureza sinalagmática dos contratos firmados, compreendida nesta a comutatitividade"* (p. 05 do seu voto). Para um exame da possibilidade de controle de preços em nosso ordenamento, v. Daniel SARMENTO, *A ponderação de interesses na constituição federal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, pp. 172-176; e Fábio Konder COMPARATO, "Regime constitucional de controle de preços", *Direito Público: estudos e pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1996.

[82] RE 235.736, 1ª Turma, Relator: Min Ilmar Galvão, DJ 5/2/2000.

[83] RE 204.187/MG; 2ª Turma; Relatora: Min. Ellen Gracie; DJ 02/04/2004

[84] Também reconhecendo limites de proporcionalidade à intervenção estatal na economia, v. , por exemplo, Alexandre dos Santos ARAGÃO, "O princípio da proporcionalidade no direito econômico". *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v.98. n.359. jan./fev. 2002, p. 11.Edilson Pereira NOBRE JÚNIOR, "Intervenção estatal sobre o domínio econômico: livre iniciativa e proporcionalidade*". Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n.224. abr./jun. 2001; Eros Roberto GRAU, "Comercialização de cigarros: inconstitucionalidade da restrição ao número de unidades; interpretação da Constituição, livre iniciativa e princípio da proporcionalidade (parecer)". *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo. n.26. 1999; Fábio Konder COMPARATO, "Regime constitucional de controle de preços", *Direito Público: estudos e pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1996.

3.2.3.3. A proporcionalidade e os exames a ela inerentes.

A verificação da proporcionalidade de determinada medida depende de que ela seja: *adequada*, *necessária* e *proporcional em sentido estrito*.[85] Para que se possa afirmar a ilicitude de uma medida restritiva, será bastante que se evidencie a violação a apenas um destes três aspectos. A aplicação deles, ademais, é subsidiária: se a medida for inadequada, não é necessário avaliar a sua necessidade; e se ela for desnecessária, não é necessário avaliar a sua proporcionalidade em sentido estrito.[86]

3.2.3.3.1. A adequação.

A adequação é um juízo a respeito da conformidade dos meios escolhidos para o fim desejado. Em outras palavras, a medida é adequada quando possui aptidão para a prossecução dos fins nela invocados. A inadequação é característica dos meios que não produzem ou fomentam o resultado esperado, nem contribuem para a sua realização. Uma medida que implique a restrição da competitividade em um mercado será considerada *adequada* se dela resultarem efeitos que contribuam para a realização de finalidade imposta por outro princípio constitucional. No caso da lei capixaba que conferia aos doadores regulares de sangue meia-entrada para estabelecimentos de lazer, parece evidente que a medida era adequada, uma vez que criava incentivos para a doação de sangue, contribuindo para a proteção da saúde e da vida humana. Igualmente, parece adequado ao fim da proteção da segurança pública o estabelecimento de distância mínima entre postos de combustíveis.

Por outro lado, o argumento da inadequação da legislação foi usado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), no desempenho de sua função de "advogada da concorrência", para desaconselhar o Senado Federal a adotar Projeto de Lei que visava a acrescentar dispositivo no Código de Defesa do Consumidor. A redação do dispositivo em questão era a seguinte: *"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"*. A SEAE argumentou que esta medida *não atingiria a finalidade pretendida*, de estender as promoções a todos os consumidores. Ao invés disso, acabaria por desencorajar o estabelecimento de promoções, as quais se tornariam economicamente irracionais.[87]

De todo modo, são necessárias algumas precisões a propósito da aplicação do dever de proporcionalidade-adequação para a avaliação de medidas

[85] V., por exemplo, Eros Roberto GRAU, "Comercialização de cigarros: inconstitucionalidade da restrição ao número de unidades; interpretação da Constituição, livre iniciativa e princípio da proporcionalidade (parecer)". *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo. n.26. 1999, p.164; Paulo BONAVIDES, "O principio constitucional da proporcionalidade e a protecao dos direitos fundamentais". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte. v.34. n.34. 1994, p. 284; Willis Santiago GUERRA FILHO, "Princípio da proporcionalidade e teoria do direito". *Revista Jurídica da Universidade de Franca*. Franca. v.3. n.4, maio. 2000, p. 198; Nicolas de SADELLER, "Le principe de proportionnalité: cheval de troie du marché interieur?" *Revue des Affaires Européennes*. Paris. v.9. n.3/4. 1999, pp. 383-385.

[86] Luis Virgílio AFONSO DA SILVA, "O proporcional e o razoável". *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v.91. n.798. abr. 2002, p. 34.

[87] V. http://www.seae.fazenda.gov.br/, acesso em 15/11/2007, pp. 26 e ss. Para maiores informações sobre este e outros casos e sobre a advocacia da concorrência, ver capítulo quinto.

públicas regulatórias.[88] Em primeiro lugar, note-se bem que não deve haver um escrutínio da finalidade pretendida *em si*. Neste ponto, há considerável liberdade para o regulador. Não cabe ao julgador, quando do exame da proporcionalidade-adequação de uma medida, avaliar a sua *conveniência social*. Esta é uma avaliação que cabe ao regulador, no uso de sua competência política. Verifica-se apenas se o meio adotado (a medida regulatória) permite, abstratamente, a promoção da finalidade pretendida. Em segundo lugar, não cabe avaliar se a medida em questão era a *mais adequada possível*, dentre todas aquelas disponíveis ao regulador. Para passar o teste da adequação, é suficiente que a medida em questão *contribua minimamente* para a promoção do fim pretendido. A ilicitude neste particular dependerá da demonstração de inadequação *manifesta*.[89] Isso significa que a demonstração de que haveria uma forma de atingir o resultado desejado de forma *mais intensa*, *melhor* ou *mais provável* não implica a ilicitude da medida concretamente adotada.[90]

3.2.3.3.2. A necessidade.

Em sua acepção *necessidade,* o dever de proporcionalidade importa que, dentre os meios semelhantemente adequados para a consecução da finalidade pretendida, o Poder Público deverá escolher aquele que imponha *menor violação de direitos e princípios fundamentais.* A necessidade é a propriedade da restrição que indica ter sido ela imposta na exata medida daquilo que era exigido para a produção do resultado esperado. Uma medida desnecessária é uma medida que violou mais profundamente os direitos de terceiros do que seria exigível para a realização do fim visado.[91]

Aplicando este raciocínio às restrições concorrenciais, o CADE entendeu ser inconstitucional Lei Complementar do Distrito Federal que impedia o estabelecimento de postos de combustíveis em estacionamentos de supermercados, sob o argumento da preservação da segurança da população

[88] Para um exame mais profundo dessas limitações à aplicabilidade da adequação, v. Humberto ÁVILA, *Teoria dos princípios,* 7. ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 165-170.

[89] Cf. Daniel SARMENTO, *A ponderação de interesses na constituição federal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, p. 88.

[90] Para Luis Virgílio AFONSO DA SILVA, *"uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido"* (in "O proporcional e o razoável". *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v.91. n.798. abr. 2002, p. 37). Assim também, Gilmar Ferreira MENDES, "O princípio da proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras", *IOB-Repertório de Jurisprudência*: tributário, constitucional e administrativo. São Paulo. n.14. jul. 2000, p. 370.

[91] O dever de proporcionalidade-necessidade está intimamente ligado ao chamado "princípio da subsidiariedade". No tocante à intervenção estatal na economia, esta norma determina que a regulação pública deve ser meramente supletiva à atuação direta da iniciativa privada. Sempre que a concretização dos princípios constitucionais relevantes a uma determinada atividade puder se atingir sem a intervenção estatal, assim deverá ser feito. A idéia é a de que o manejo da autoridade estatal só se justifica *"na medida em que uma finalidade de interesse geral (...) não seja alcançável autonomamente pelas instituições sociais"* (in Floriano de Azevedo MARQUES NETO, "Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal", *RDPE - Revista de Direito Público da Economia*, n.1, jan-mar. 2003, p. 80). Também afirmando esta conexão entre a subsidiariedade e a proporcionalidade, v. Alexandre dos Santos ARAGÃO, "O princípio da proporcionalidade no direito econômico". *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v.98. n.359. jan./fev. 2002, p. 11. Sobre o tema, v. ainda José Alfredo de Oliveira BARACHO, "O princípio de subsidiariedade: conceito e revolução", *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.200, abr./jun, 1995. Na doutrina estrangeira, v. Ilenia Massa PINTO, *Il principio di sussidiarietà*: profili storici e constituzionali, Napoli, Jovene, 2003, em especial o capítulo terceiro.

vizinha.[92] O Conselho observou que a completa proibição à instalação de postos de revenda de combustíveis não se afigurava "indispensável aos imperativos de segurança da população, pois para tanto bastaria que fossem estabelecidos rígidos padrões de garantia da segurança" para o seu funcionamento, tais como distância mínima dos automóveis, padrões dos tanques e autorização do corpo de bombeiros.[93]

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há o sempre citado caso da lei do estado do Paraná[94] que determinava a pesagem obrigatória de botijões de gás à vista do consumidor. O fundamento da obrigação, que restringia de forma inequívoca a livre iniciativa, era a proteção do consumidor. A Corte acolheu o argumento de que havia meios menos restritivos de promover esta finalidade, como a fiscalização por amostragem – a lei foi, então, julgada inconstitucional por desproporcionalidade (desnecessidade).[95]

Perceba-se que, enquanto o exame da adequação limita-se a verificar a existência de nexo de causalidade entre a medida adotada Poder Público e a finalidade buscada, o exame de necessidade empreende uma análise comparativa entre a medida concretamente adotada pelo Poder Público e as alternativas que ele detinha para realizar a mesma finalidade. O exame de necessidade fixa como critério desta análise comparativa o menor grau de violação a direitos e princípios fundamentais. Quer dizer: diferentes medidas regulatórias devem ser comparadas, dando-se preferência àquela que seja menos restritiva. Dessa estrutura de análise podem resultar algumas dificuldades. Imagine-se, por exemplo, a situação em que uma alternativa, embora menos restritiva, produz o resultado desejado de forma *menos intensa, pior* ou *menos provável* do que a medida efetivamente adotada pelo Poder Público. Nestes casos, não pareceria satisfatório julgá-la ilícita, por desproporcionalidade.

Desta circunstância derivam duas conseqüências: a primeira é que uma medida só deve ser dita desproporcional por desnecessidade quando as

---

[92] Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº. 08000.024581/1994-77. Conselheiro Relator: Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Representante: DPDE "ex offício". Representados: SINPETRO/DF; Rede Gasol (Grupo Cascão); Rede Igrejinha DOU, 09.02.05. Cf. a seção VI.7 do voto do Relator. Para outras importantes considerações sobre este caso, v. o capítulo quarto desta dissertação.

[93] O CADE não possui, contudo, poderes para anular legislação que julgue inconstitucional por restrição desproporcional da concorrência. Identificada a restrição pública à concorrência, cabe-lhe apenas oficiar o regulador correspondente e solicitar- lhe as medidas necessárias para que se evitem violações às normas antitruste. Desatendida esta solicitação, o CADE enviará o caso à sua Procuradoria ou representará à entidade competente (v.g. Ministério Público) para que seja buscada a correção cabível, perante o Poder Judiciário. Para maiores detalhes sobre este tema, v. o capítulo quinto de Eduardo Ferreira JORDÃO, *Restrições regulatórias à concorrência*, Belo Horizonte, Fórum, 2009.

[94] Lei n. 10.248/93, em cujo 1º artigo se lia: *"É obrigatória a pesagem, pelos estabelecimentos que comercializarem - GLP - Gás Liquefeito de Petróleo, à vista do consumidor, por ocasião da venda de cada botijão ou cilindro entregue e também do recolhido, quando procedida a substituição. Parágrafo único. Para efeito do disposto no 'caput' deste artigo, os Postos revendedores de GLP, bem como os veículos que procedam à distribuição a domicílio, deverão portar balança apropriada para essa finalidade.".*

[95] STF, ADI-MC 855/PR; Tribunal Pleno; Relator: Min. Sepúlveda Pertence; DJ 01/07/1993. Vejam-se, por exemplo, os trechos do parecer do Diretor de Metrologia Legal do INMETRO citado no relatório da decisão. Para uma crítica a esta decisão, v. Luis Virgílio AFONSO DA SILVA, "O proporcional e o razoável". *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v.91. n.798. abr. 2002, em especial pp. 36-44.

alternativas a serem comparadas são *semelhantemente* adequadas. A segunda é a de que o exame da necessidade é intimamente ligado ao exame da proporcionalidade em sentido estrito.

3.2.3.3.3. A proporcionalidade em sentido estrito.

O último dos exames inerentes à verificação da proporcionalidade de uma medida estatal diz respeito à sua *proporcionalidade em sentido estrito.* Com esta exigência se pretende que as vantagens sociais decorrentes do ato devem superar as desvantagens dele decorrentes. Sob o exame da proporcionalidade em sentido estrito, contrapõem-se, de um lado, a relevância do fim visado com a medida e a intensidade da restrição que ela provoca. Assim, uma medida pode estar apta a realizar os fins desejados com a menor violação de direitos possível, mas ser ainda assim inconstitucional, porque a restrição de direitos por ela operada supera em relevância o resultado a ser obtido.

O exame de proporcionalidade em sentido estrito pode atuar para dirimir as dificuldades do exame de necessidade da medida. Nos casos em que a medida adotada pelo Poder Público e as suas alternativas diferirem consideravelmente tanto no grau (intensidade, qualidade ou probabilidade) de sua adequação, quando na intensidade das restrições promovidas, a questão referente à sua proporcionalidade é melhor resolvida sob o exame da proporcionalidade em sentido estrito. Se, apesar de restringir mais do que o *necessário* para realizar o estado de coisas desejado, a medida o faz de forma particularmente *intensa, melhor ou mais provável* do que a alternativa menos restritiva, o exame de sua proporcionalidade em sentido estrito poderá contribuir para a definição de sua validade. Esta conclusão é uma decorrência da necessidade de conciliar o respeito pelas opções do Legislativo ou do Executivo e o controle judicial destes poderes.

Mas o exame de proporcionalidade em sentido estrito enceta dificuldades próprias. Em primeiro lugar, parece evidente que a avaliação e ponderação de "vantagens e desvantagens sociais" de uma medida são procedimentos altamente subjetivos. Por outro lado, o poder de dizer ilícita uma medida por desproporcionalidade em sentido estrito é bastante *amplo* (ou intenso). Um juiz poderia, em tese, anular medida *adequada* e *necessária* por (subjetivamente) entendê-la desimportante. A solução para este impasse não reside no abandono do exame de proporcionalidade em sentido estrito – neste caso, para evitar-se o abuso do judiciário, abrir-se-ia espaço para abusos do executivo e do legislativo. O ideal, no caso, é recomendar dose extra de cautela ao julgador: apenas quando a medida se apresentar *manifestamente* desproporcional em sentido estrito deveria ser ela julgada ilícita.

3.2.3.4. Notas finais de ordem prática.

Dois comentários de ordem prática devem ser finalmente adicionados. O primeiro refere-se à conveniência (e eventual *necessidade*) do recurso à ciência econômica para a aplicação concreta do enquadramento teórico apresentado acima. As menções aos deveres de razoabilidade e de proporcionalidade são formulações genéricas e até certo ponto vazias, cujo conteúdo deve ser preenchido por considerações específicas e concretas, de ordem

preponderadamente econômica, para que se lhes dê *significado normativo concreto* na disciplina da regulação pública. [96]

A utilização, no Direito, de ponderações emprestadas de outros ramos do conhecimento humano não constitui nenhuma novidade. A aplicação da norma jurídica abstrata ao caso concreto *freqüentemente* depende de recurso a conhecimentos técnicos específicos. Assim, por exemplo, tome-se a disposição da lei de licitações e contratos administrativos que, em atenção direta a um mandamento constitucional (art. 37, XXI, CF), proíbe a exigência de qualificações excessivas ou dispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações do contrato licitado (art. 3º, § 1º, I da lei federal n. 8.666/93). Na avaliação concreta de editais de licitação para contratação de serviços de engenharia civil, não é raro que o magistrado seja obrigado a recorrer a pareceres de peritos, os quais lhe fornecerão os subsídios necessários para a decisão a propósito da compatibilidade da disposição editalícia com a norma da lei de licitações.

Do mesmo modo, quando se trata de avaliar a constitucionalidade de uma restrição à concorrência, poderá ser necessário recorrer ao instrumental econômico. Afinal, as características específicas do setor em questão certamente influirão para definir a necessidade de que se lance mão de instrumentos interventivos estatais. Por outro lado, as finalidades sociais buscadas para aquele setor farão com que determinada medida regulatória seja considerada mais ou menos adequada. Finalmente, a utilização da teoria econômica permitirá a mais fácil compreensão dos efeitos positivos e negativos que cada uma das medidas regulatórias produz sobre o mercado, circunstância essencial para avaliar a sua proporcionalidade. Nestas situações, é conveniente que o Poder Judiciário se

---

[96] Lamentavelmente, ainda há, no Brasil, uma incompreensível reticência quanto à utilização da doutrina econômica para a aplicação do Direito. Não há razão para isso. A primeira e mais evidente hipótese na qual o instrumental econômico pode e deve ser usado é aquela em que esta utilização deriva como determinação explícita da própria norma; a economia é, enfim, pressuposto da aplicação normativa. Há razões diversas para que se prevejam tais fatos econômicos nos enunciados normativos. Em alguns casos, pretende-se disciplinar situações que só podem ser expressas em termos econômicos – é um fato econômico que se quer regular. Noutros, pretende-se atingir determinado objetivo, também só (ou melhor) descrito em suas propriedades econômicas. Neste passo, são duas as possibilidades: ou bem se estatuiu um "fato econômico" como pressuposto de aplicabilidade de uma conseqüência normativa; ou bem se previu que determinado fato deveria dar ensejo a uma dada conseqüência normativa, definida em termos econômicos. No primeiro caso, a aplicação da conseqüência normativa depende da verificação do fato que é seu pressuposto. Será necessário recorrer ao conhecimento econômico para reivindicar a incidência normativa ou pleitear o seu afastamento. Um exemplo muito claro é o do art. 20, II, da lei n. 8.884/94, que prevê constituir infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir o efeito de "dominar mercado relevante de bens ou serviços". Para afirmar-se a ocorrência da hipótese de incidência normativa ou para refutá-la será necessário recorrer ao método econômico. No segundo caso, exige-se de determinados indivíduos ou entidades que, para agirem em conformidade com o Direito, realizem determinado estado de coisas economicamente definido. É esta a norma que se extrai do princípio da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal): estatui-se, no caso, um dever ao administrador público de gerir eficientemente os recursos de que dispõe para atingir os seus objetivos constitucionais. Ainda no que concerne ao uso da teoria econômica como auxílio na aplicação normativa, deve-se fazer referência ao conteúdo econômico implícito de inúmeras normas do nosso Direito. O conhecimento desta racionalidade econômica que lhes informa certamente contribuirá para uma aplicação mais coerente com a sua finalidade. Nas palavras de Fábio NUSDEO, é *"inócuo e vazio brandir o advogado, perante os tribunais ou numa reunião profissional, os códigos e as leis, citá-los de memória, discutir o sentido literal ou o lógico-formal das suas normas, se se revelar jejuno quanto ao seu conteúdo, à sua funcionalidade e ao seu destino"* (in *Curso de economia*: introdução ao Direito Econômico. 2. ed. São Paulo, RT, 2000, p. 19).

valha da previsão do art. 89 da lei n. 8.884/94, intimando o CADE para atuar como *amicus curiae*.[97]

Esclareça-se, ainda, que o recurso à ciência econômica não importa o "império da economia" ou a "imposição de valores econômicos sobre os valores jurídicos", como fazem crer os seus críticos. Assim como o parecer do especialista em engenharia civil do exemplo anterior não é determinante para a decisão do magistrado que avalia a disposição editalícia, também a doutrina econômica não o será; ela apenas conferirá subsídios importantes para a ponderação que será feita posteriormente pelo juiz.

Dito isto, passe-se à segunda observação necessária neste final de capítulo. Ela está ligada à difícil questão da *intensidade* do controle judicial da regulação.[98] A proposta de um controle de proporcionalidade e razoabilidade da regulação pública leva inexoravelmente a ponderações desta espécie. A preocupação deriva de uma possível violação ao princípio da separação dos poderes em razão do controle excessivo do Poder Judiciário sobre a autonomia *política* do Poder Legislativo. O delicado problema não comporta soluções simples.

De um lado, como já foi visto, a insindicabildiade da escolha do legislador não é compatível com o nosso ordenamento jurídico, por força do disposto no art. 5º, XXXV, e como decorrência imediata do estabelecimento de um Estado de Direito. Os poderes constituídos submetem-se ao controle de legalidade promovido pelo Poder Judiciário e dele não podem se esvair. Nem mesmo é admissível que a dificuldade do controle da regulação, que quase sempre envolve questões técnicas e econômicas nas quais os juízes não são especializados, sirva de justificativa para que seja feita vista grossa às eventuais arbitrariedades cometidas sob o argumento da tecnicidade.[99]

Por outro lado, é evidente que a previsão constitucional de controle judicial não pode constituir desculpa para que os integrantes do Poder Judiciário invadam o espaço de liberdade essencial que é conferido à ponderação dos demais poderes, substituindo-lhes a autonomia política pela sua própria noção de conveniência social. Em outras palavras, o controle judicial não pode abrir espaço a um *governo de juízes.* A uma, não há razão para supor serem os magistrados mais aptos a escolher os rumos políticos da sociedade brasileira. A duas, faltam-

[97] Ver, a propósito, o capítulo quinto desta dissertação.

[98] Cf. Humberto ÁVILA, "Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n.236. abr./jun. 2004, pp. 380-83.

[99] Para o argumento de que a tecnicidade das matérias envolvidas na regulação impediriam o seu controle pelo Poder Judiciário, Michael KOHL apresenta um interessante contraponto: a complexidade da atividade regulatória já a faz livre de constrições democráticas e políticas tradicionais (compreensão, pelos cidadãos, dos seus méritos e respostas eleitorais). Neste cenário, a complexidade da regulação seria uma razão não para desencorajar o escrutínio do judiciário, mas para *fundamentá-lo*. Afinal, este seria o único controle incidente sobre este exercício do poder estatal. Em suas próprias palavras: *"economic regulation is highly complex and therefore likely to escape normal democratic controls. Thus, it must be subject to court scrutiny to ensure constitutionally required democratic accountability"* (in "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. 419).

lhes, ao menos em nosso sistema, legitimidades política e democrática para fazê-lo.[100]

Para compatibilizar estas determinações contraditórias, não há como fugir a uma solução intermediária: o controle judicial deverá, pois, operar sobre a regulação *manifestamente* irrazoável ou desproporcional. Isto impõe que o magistrado proceda à revisão do ato estatal com deliberada *cautela.* No que atine ao controle de proporcionalidade, a medida só deverá ser dita inadequada quando não contribuir minimamente para a realização do fim. A anulação de uma medida em razão da existência de outras que fossem "mais adequadas" constituiria invasão excessiva no espaço de discricionariedade política do legislador, até porque as medidas podem ser mais ou menos adequadas em diferentes aspectos e não seria razoável exigir do administrador a avaliação dos diferentes aspectos da adequação de numerosas medidas eventuais. Do mesmo modo, só será tida por desnecessária aquela medida que possa ser substituída por outras *manifestamente* menos restritivas e semelhantemente adequadas. Finalmente, a desproporção em sentido estrito deverá ser flagrante para justificar a revisão judicial da regulação anticompetitiva.

4. Conclusão.

A análise procedida neste artigo demonstrou que, no direito brasileiro, a estratégia de proteção da concorrência por meio da tentativa de anulação judicial da legislação anticompetitiva é possível, mas está submetida a alguns limites.

De logo, ela é ineficaz para controlar as restrições concorrenciais efetuadas, pelo legislador competente, no âmbito dos serviços públicos. É que, para esta espécie do gênero atividade econômica, o constituinte brasileiro optou por conferir ao ente titular do serviço a decisão de submetê-lo ou não ao modelo de prestação concorrencial. Por força desta opção constitucional, a regulação legislativa de serviços públicos não pode ser anulada judicialmente sob o argumento de sua anticompetitividade.

Dois esclarecimentos foram feitos a esta tese. Primeiro, embora a Constituição não obrigue o titular do serviço público a submetê-lo à concorrência, ela o obriga a promover licitação para escolha do(s) eventual(is) concessionário(s). Essa expressa previsão constitucional de "competição pelo mercado", se desatendida, pode dar ensejo à anulação da regulação de serviços públicos. Segundo, é possível controlar judicialmente o que o legislador declara como serviço público – e, por esta via, eventualmente, proteger a competitividade. Ou seja, o legislador não está completamente livre para aplicar regime de serviço público a quaisquer atividades.

---

[100] Pondera Luis Roberto BARROSO, sobre a aplicação, pelo Poder Judiciário, dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade: *"Por ser uma competência excepcional, que se exerce em domínio delicado, deve o Judiciário agir com prudência e parcimônia. É preço ter em linha de conta que, em um Estado democrático, a definição das políticas públicas deve recair sobre os órgãos que têm o batismo da representação popular, o que não é o caso de juízes e tribunais. Mas, quando se trate de preservar a vontade do povo, isto é, do constituinte originário, contra os excessos de maiores legislativas eventuais, não deve o juiz hesitar"*(in "Os principios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional". *BDA: Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo. v.13. n.3. mar. 1997, p. 163). Sobre o tema, ver ainda Marcos Rogério PALMEIRA, "O Judiciário e a separação de poderes: aspectos políticos do controle da constitucionalidade das leis". *Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí. v.6. n.12. pp. 145-64.

Por outro lado, há mais espaço para anulação da restrição legislativa da concorrência no caso de regulação de atividade econômica em sentido estrito. É que, para estas atividades, incide o princípio constitucional da livre concorrência, que obriga o legislador a ponderar os efeitos anticompetitivos de suas políticas. Aqui, a restrição legislativa da concorrência será constitucional apenas se for *razoável* e *proporcional*. O primeiro destes deveres implica a invalidade jurídica de restrição concorrencial sem causa constitucionalmente protegida ou faticamente verificável. O segundo deles implica a invalidade jurídica de restrição concorrencial *inadequada*, *desnecessária* ou *desproporcional* ao fim a que se destina.

O fato é que a desconstituição de medidas regulatórias com base na irrazoabilidade ou desproporcionalidadeda restrição concorrencial por ela promovida deverá envolver uma boa dose de cautela, para não resultar em ingerência indevida do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo. Esta observação sugere alguma limitação na eficácia da estratégia de anulação judicial para o fim de minimizar o impacto anticompetitivo da regulação estatal, mesmo quando se trate de regulação de atividade econômica em sentido estrito. Embora importante e, neste último caso, utilizável, a estratégia apenas servirá para eliminar restrições *manifestamente* irrazoáveis ou desproporcionais.

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. Limites constitucionais às restrições legislativas da concorrência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 23, agosto/setembro/outubro, 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23-AGOSTO-2010-EDUARDO-JORDAO.pdf>. 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:

Informação não disponível.