

Dco.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico
e financeiro

106



Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano XXXVI (Nova Série)
abril-junho/1997

 **MALHEIROS
EDITORES**

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série - Ano XXXVI — n. 106 — abril-junho de 1997

FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)
PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,
HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,
JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, ANTONIO MARTIN

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

publicação trimestral de
MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP: 04531-940

São Paulo, SP - Brasil - Tels. 822-9205

820-9718 - 820-5549 - Fax. 829-2495

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros
Diretora: Suzana Fleury Malheiros
Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato

Assinaturas e comercialização:
CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE
LIVROS S.A.

Rua Conselheiro Ramalho, 928

CEP 01325-000

São Paulo, SP - Brasil

Tel. 289-0811 - Fax. 251-3756

Composição: EDITORA FRASE LTDA.
Impressão: GRÁFICA E EDITORA FCA
(FUNDAÇÃO DE CIÊNCIAS APLICADAS)

SUMÁRIO

DOCTRINA

A TEORIA DA APARÊNCIA E O DIREITO BANCÁRIO	7
— Arnaldo Wald	
ACORDO DE ACIONISTAS	20
— Modesto Carvalhosa	
SEGURO DE DANO MORAL RESULTANTE DE ACIDENTE COM VEÍCULO AUTOMOTOR	25
— Rachel Sztajn	
ATUAÇÃO ESTATAL E ILÍCITO ANTITRUSTE	35
— Calixto Salomão Filho	
RESPONSABILIDADE DO CONTROLADOR, DOS SÓCIOS E DOS ADMINIS- TRADORES DE EMPRESAS DE CONSÓRCIOS, SUA APRECIÇÃO À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR	48
— Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa	
ASSEMBLÉIA DE COTISTAS NA SOCIEDADE LIMITADA — Aplicação da legislação societária	53
— João Luiz Coelho da Rocha	
A INTRODUÇÃO NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO DO REQUISITO DA ATIVIDADE INVENTIVA COMO CONDIÇÃO LEGAL PARA A CON- CESSÃO DE UMA PATENTE DE INVENÇÃO	58
— Gustavo José Ferreira Barbosa	
DA OBRIGATORIEDADE POR PARTE DO ADQUIRENTE DO CONTROLE DE SOCIEDADE POR AÇÕES DE CAPITAL ABERTO DE FAZER SIMULTÂNEA OFERTA PÚBLICA, EM IGUAIS CONDIÇÕES, AOS ACIONISTAS MINORI- TÁRIOS — ART. 254 DA LEI 6.404/76 E RESOLUÇÃO CMN 401/76 — É EFETIVO MECANISMO DE PROTEÇÃO AOS MINORITÁRIOS?	83
— Roberta Nioac Prado	
A EXAUSTÃO DO DIREITO DE MARCAS NA UNIÃO EUROPÉIA E O MER- COSUL	107
— Karin Grau-Kuntz e Newton Silveira	
ATUALIDADES	
CÓDIGO E NORMAS DE CONDUTA DO SISTEMA FINANCEIRO PORTU- GUÊS E COMUNITÁRIO	127
— Armindo Saraiva Matias	
CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ES- TABELÉCIDA ANTES DO ADVENTO DA LEI NOVA. DIREITO APLI- CÁVEL	149
— Vera Helena de Mello Franco	

A DESINTERMEDIÇÃO NA OFERTA DE CRÉDITO E O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL: EXAME DO TEMA E POSSÍVEIS CONCLUSÕES	154
— Cassio M. C. Penteado Jr.	
O ICMS E OS SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. NÃO-INCIDÊNCIA	164
— João Luiz Coelho da Rocha	
CONCEITO DE PREPOSTO	169
— Sérgio Sérvulo da Cunha	
AS CENTRAIS DE RISCO E O SIGILO BANCÁRIO	174
— Carlos Alberto Hagstrom	
ANOTAÇÕES SOBRE A LEGITIMAÇÃO PARA REQUERER A APURAÇÃO DE HAVERES	178
— José Alfredo Ferrari Sabino	
 MERCOSUL	
MERCOSUL — NORMAS DE IMPLANTAÇÃO — FORÇA VINCULANTE...	185
— José Alfredo Borges	
 DOCUMENTOS	
THE CLAYTON ACT — CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS ..	197

COLABORAM NESTE NÚMERO

ARMINDO SARAIVA MATIAS

Professor na Universidade Autónoma de Lisboa.

ARNOLDO WALD

Advogado. Professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Ex-Procurador Geral do Estado da Guanabara. Ex-Presidente da CVM.

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Livre-Docente e Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

CARLOS ALBERTO HAGSTROM

Ex-Procurador do Banco Central. Advogado em Brasília.

CASSIO M. C. PENTEADO JR.

Advogado em São Paulo. Professor da FMU/SP.

GUSTAVO JOSÉ FERREIRA BARBOSA

Advogado no Rio de Janeiro.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Advogado. Mestre e Doutor em Direito Comercial pela USP. Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP. Ex-Procurador do Banco Central do Brasil.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

JOSÉ ALFREDO BORGES

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador da Fazenda do Estado de Minas Gerais. Advogado em Belo Horizonte.

JOSÉ ALFREDO FERRARI SABINO

Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro.

KARIN GRAU-KUNTZ

Pequisadora no Max-Planck-Institut fuer auslaendisches und internationales Patent, Urheberund Wettbewerbsrecht (Muenchen). Mestranda na Faculdade de Direito de Munique (Ludwig-Maximilians-Universitaet).

NEWTON SILVEIRA

Doutor em Direito Comercial e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP. Secretário Geral Adjunto do IIDA-Instituto Interamericano de Direito do Autor. Advogado e Procurador junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

RACHEL SZTAIN

Livre-Docente e Professora Doutora de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

ROBERTA NIOAC PRADO

Advogada. Pós-graduanda em Direito Comercial na Faculdade de Direito da USP.

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

Advogado.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Professora Assistente Doutora da Faculdade de Direito da USP. Advogada em São Paulo.

MODESTO CARVALHOSA

Advogado em São Paulo

Doutrina

ATUAÇÃO ESTATAL E ILÍCITO ANTITRUSTE

CALIXTO SALOMÃO FILHO

1. As principais teorias: a) "State Action Doctrine" — b) "Pervasive Power Doctrine". 2. Poder regulamentar e direito antitruste. 3. Imunidade antitruste. 4. O caso do sistema financeiro nacional. 5. Conclusão.

O estudo do direito antitruste, já bastante complexo, pela necessária interação entre princípios jurídicos e econômicos que exige, é ainda mais dificultado por uma contradição de fundo que marca todos os sistemas concorrenciais. Trata-se de um sistema cuja gênese é voltada à atividade do particular, ou, nas palavras de Hayek, a garantir a auto-regulamentação dos agentes econômicos através das forças de mercado. Entretanto, esse sistema, criado e aplicado pelo Estado, convive com um Estado que geralmente age em sentido contrário a esses princípios, regulamentando a economia sem preocupação com os princípios concorrenciais e/ou incentivando a formação de ajuste entre empresas.

Por essa razão, parece importante estudar a relação entre atuação do Estado e ilícito antitruste. É o que se fará no presente trabalho. O tema é, obviamente, bastante amplo. Por isso, limitar-se-á o presente estudo a analisar os aspectos de direito material, deixando de lado todas as questões procedimentais que eventualmente podem se colocar.

Duas são, então, as questões que parecem principais. Correspondem elas, *grasso modo*, à própria divisão estrutural do direito antitruste em controle das condutas e controle das estruturas (evidentemente, a superposição não é perfeita, podendo em

teoria existir problemas do primeiro grupo relacionados ao controle das estruturas e vice-versa).

Em primeiro lugar, é preciso verificar se o exercício do poder regulamentar por parte de órgão governamental que recebeu competência para tal é legítimo do ponto de vista concorrenciais. Trata-se, portanto, de discutir a relação entre poder regulamentar e direito antitruste, verificando até que ponto o primeiro pode substituir o segundo. Aí, o controle concorrenciais de que se está tratando é, via de regra, comportamental, *i. e.*, importa verificar se uma determinada conduta, permitida e/ou incentivada por um regulamento específico, é ou não legítima e legal, mesmo que implique violação de regras concorrenciais.

A outra questão refere-se ao exercício do poder de fiscalização pelo Estado, mais especificamente à possibilidade de um particular que exerce atividade em um setor regulamentado e fiscalizado por órgão governamental tornar-se imune à aplicação do direito concorrenciais e à competência das pessoas jurídicas ou órgãos encarregados de aplicá-lo por força de uma ato de autorização e/ou concessão. Aqui, o problema é claramente relacionado precipuamente ao controle das estruturas, mais em especial a determinar se o resultado de um processo licitatório ou de uma concentração aprova-

do por determinado órgão governamental pode ser contestado perante os órgãos de controle da concorrência.

Antes de passar a esses dois tópicos, é necessário, no entanto, dar atenção às principais teorias que vêm se desenvolvendo a respeito da relação entre atuação do Estado e direito antitruste.

I. As principais teorias

Os princípios básicos a reger a atuação do Estado na economia encontram-se nos arts. 173 e 174 da Constituição Federal. De sua leitura depreende-se que três são as funções possíveis do Estado no domínio econômico: em primeiro lugar, como agente direto da atividade econômica; em segundo, como agente fiscalizador do exercício da atividade econômica pelos particulares, e finalmente como agente normativo da atividade econômica.

No primeiro caso não há dúvida quanto à sujeição do Estado ao sistema concorrencial. A Constituição de 1988 deu ou essa sujeição particularmente clara ao incluir (ao contrário das anteriores) a tradicional proteção contra o abuso do poder econômico em um dos parágrafos que tratam da exploração direta da atividade econômica pelo Estado (art. 173, § 4º). A Lei 8.884/94 confirma esse entendimento ao prever a sujeição de todos, sejam pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, às normas concorrenciais.

Já, quanto ao poder fiscal e regulamentar, a questão é mais complexa. É necessário verificar a natureza da atividade que está sendo fiscalizada ou normatizada. É a natureza da atividade realizada que determinará a extensão do poder regulamentar e fiscal. Pode o sistema de regulamentação e fiscalização estatal visar ou não à substituição do sistema concorrencial.

Essa relação entre poder regulamentar e direito antitruste tem sido recorrentemente discutida na casuística norte-ame-

ricana. Duas tendências jurisprudenciais paralelas se destacam, cada qual ligada a importantes eventos da história política norte-americana.

a) "State Action Doctrine"

A primeira tendência decorre diretamente da própria natureza do federalismo norte-americano, que, ao atribuir relevante nível de autonomia aos Estados, frequentemente coloca em choque a autonomia estadual com a regulamentação antitruste de nível federal.

Para determinar se o ato dos governos estaduais conferia ou não imunidade à aplicação do direito antitruste, desenvolveu-se a chamada *State Action Doctrine*, cuja melhor e mais recente formulação, sempre citada em decisões posteriores, foi dada pela Suprema Corte em *California Retail Liquor Dealers Association vs. Midcal Aluminum Inc. (Midcal)*.¹ Estabeleceram-se dois critérios básicos para determinar se a regulamentação estadual conferia ou não imunidade à aplicação do direito antitruste. Em primeiro lugar é necessário que a decisão seja tomada ou a regulamentação expedida em consequência de uma política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação. Não basta, portanto, que a lei dê poderes para determinação das variáveis empresariais básicas (preço e quantidade produzida). É necessário que ela claramente

1. Trata-se do questionamento de uma política de preços de vinho vigente no Estado da Califórnia. Os produtores e atacadistas de vinho deveriam registrar *fair trade contracts* ou tabelas de preços perante o Estado, que cuidava de aplicá-las, cominando multa e podendo até cancelar a licença dos infratores. Na decisão [447 U.S. 97 (1980)], a Corte Suprema Americana (*Supreme Court*) alegou que, embora o Estado da Califórnia autorizasse o estabelecimento de preços, ele não estabelecia preços, revisava tabelas ou regulava os termos dos *fair trade contracts*. O Estado parecia não se preocupar com as condições de mercado, com a defesa da concorrência e dos consumidores, e, por isto, as leis antitruste era aplicáveis a este caso.

expresse a intenção de substituir a competição pela regulamentação.

Mas não é só. É necessário ainda que haja supervisão ativa (*active supervision requirement*) e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação.²

A aplicação desse dois critérios no sistema brasileiro levaria à conclusão necessária de que apenas quando o Estado permite a alguém a exploração de serviço público mediante concessão haveria a imunidade. Apenas a concessão permite, de um lado, pressupor a existência de interesse em substituição do sistema concorrencial (exatamente por se aplicar ao exercício pelo particular de serviços públicos que não se sujeitam ao regime concorrencial) e, de outro, confiar na *existência de poderes suficientes* por parte da administração de supervisionar ativamente o cumprimento das obrigações previstas no texto regulamentar.

2. Estes dois requisitos, desenvolvidos pela *Supreme Court*, no caso *Midcal*, foram usados em várias decisões posteriores. Assim, em *Hinshaw vs. Beatrice Foods, Inc.*, 1980-81 *Trade Cas. (CCH)*, 63.584 (D. Mont. 1980), foi reconhecida a imunidade às leis antitruste por existir uma regulação completa do preço do leite no Estado de Montana.

Em *Southern Motor Carriers Rate Conference, Inc. vs. United States*, 471 U.S. 48 (1985), a Suprema Corte decidiu que o conceito de "política claramente expressa e definida", estabelecido em *Midcal*, era aplicável a políticas estatais que meramente permitiam, mas não obrigavam. Foi decidida pela imunidade antitruste de quatro empresas de transporte, por estarem autorizadas a concordar com *joint rate proposals* antes de submetê-las ao órgão regulador. A *Supreme Court* alegou também que havia uma supervisão ativa, pois o Estado avaliava as tarifas das transportadoras. Presentes os dois requisitos, não havia ilícito antitruste.

Já o requerimento da supervisão ativa por parte do órgão governamental foi posteriormente desenvolvido em *324 Liquor vs. Duffy*, 479 U.S. 335 (1987), onde o Estado de Nova York obrigava os vendedores de bebidas alcoólicas a vender seus produtos por, no mínimo, o preço sugerido pelos atacadistas mais 12%. Tal prática suprimia a competição e foi condenada pela *Supreme Court* por não rever os preços estabeleci-

dos pelos atacadistas, simplesmente permitindo que eles os fixassem a seu alvedrio.

b) "Pervasive Power Doctrine"

A segunda tendência manifesta-se na análise das competências regulamentares das agências governamentais federais americanas. Não se trata, portanto, de discutir a competência de Estados Federados para excluir a aplicação do direito antitruste. Trata-se, isso, sim, de verificar em que hipóteses a atribuição de competência a uma agência federal dotada de poderes regulamentares afasta a possibilidade de aplicação do direito antitruste.

O raciocínio que se aplica então é bastante análogo ao desenvolvido pela *State Action Doctrine*. Dois e apenas dois são os casos em que é possível afastar a com-

Uma decisão de Suprema Corte Americana essencial para o pleno entendimento desta matéria é a de *Patrick vs. Burget*, 486 U.S. 94, 100-01 (1988). Neste caso, um médico alegou que um grupo de médicos rivais estava violando o *Sherman Act* por manipular o processo de *peer review* de modo a não conceder a ele privilégios no único hospital da cidade de Astoria, Oregon. A Suprema Corte decidiu que não havia imunidade antitruste baseada na ação do Estado (como havia sido alegado pela *Court of Appeals*), pois nenhuma agência estatal *tinha poder para revisar as decisões do "peer review" e suspender uma decisão que pudesse ser contrária à política fixada pelo Estado.*

Assim, a jurisprudência norte-americana vem-se posicionando no sentido de conferir imunidade antitruste para particulares, funcionários ou agências governamentais desde que haja (i) política claramente expressa e definida, além de inequívoca, do Estado, na prática de atos que normalmente seriam ilícitos antitruste (essa política pode ser permissiva ou obrigatória); (ii) supervisão ativa por parte do Estado das práticas resultantes desta política, para que os resultados, especialmente os resultados para a concorrência e para os consumidores, não sejam desarrazoados. Aqui, deve ser entendido que o Estado tem o poder de controlar preços, fornecimento, estoques etc.

dos pelos atacadistas, simplesmente permitindo que eles os fixassem a seu alvedrio.

petência das agências governamentais encarregadas da aplicação do direito antitruste. Em ambos o poder conferido à agência governamental deve ser amplo o suficiente (*pervasive*) para afastar a competência de qualquer outro órgão.

Em uma primeira hipótese o poder do órgão é *extenso* o suficiente para afastar qualquer outra competência. Por poder extenso o suficiente entende-se aquele poder que é conferido com o intuito de substituir a sistema concorrencial. O raciocínio é, portanto, idêntico ao desenvolvido para a elaboração do primeiro requisito da *State Action Doctrine* como formulado em *Midcal*.³ A inexistência de um segundo requisito, análogo àquele formulado na *State Action Doctrine*, relativo à fiscalização suficiente, prende-se, muito provavelmente, à maior confiança das Cortes na competência — e independência — fiscalizatória das agências federais independentes, se comparada com a ação dos Estados-membro da federação, freqüentemente influenciada por determinantes políticos.

A segunda hipótese é aquela em que, apesar de não dotado de extensão suficiente para afastar a aplicação do direito antitruste, o poder é *profundo* o bastante para fazê-lo. Nesse hipótese o que ocorre é que o poder conferido à agência governamental independente já inclui a competência para aplicar a lei antitruste. Nessa hipótese não há que se pensar em controle do ato do ponto de vista concorrencial pelo

3. A melhor definição da noção de *pervasive power* foi dada pela Suprema Corte Americana em *United States vs. National Association of Securities Dealers, Inc.*, 422 U.S. 694 (1975): "The rule of law that should be applied in this case, therefore, as it comes to us from these precedents, is that, absent an express antitrust immunization conferred by Congress in a statute, such an immunity can be implied only if Congress has clearly supplanted the antitrust laws and their model of competition with a differing competitive regime, defined by particularized competitive standards and enforced by an administrative agency, and has thereby purged an otherwise obvious antitrust violation of its illegality".

órgão encarregado da aplicação do direito antitruste (*FTC*) ou pelas Cortes simplesmente porque aquelas regras já foram (por hipótese) levadas em consideração quando da regulamentação ou quando da decisão aprovando determinado tipo de procedimento.⁴

A conclusão que se pode tirar é que, tratando-se de agência independente de regulamentação federal, a questão de aplicação do direito antitruste se resolve em uma discussão de competência dos órgãos envolvidos.⁵ A falta de competência da agência governamental responsável por determinado mercado não exclui a aplicação do direito concorrencial, mas apenas caracteriza a ilegalidade da regulamentação que desconsidera a tutela antitruste (por não ser este poder extenso o suficiente). Da mesma maneira, a existência de competência, mas a falta de seu pleno exercício, sem levar em conta os aspectos concorrenciais de uma situação, torna a regulamentação ilegal, pois o poder, mesmo sendo profundo o suficiente, não foi exercido, não é *pervasive*. Por esse motivo é que a casuística existente a respeito resolve a questão da ilegalidade concorrencial de uma determinada regulamentação respectivamente em termos de excesso no exercício da

4. Em *United States vs. RCA*, 358 U.S. 334(1959), a *FCC (Federal Communications Commission* — Comissão Federal de Comunicação) aprovou a transferência de uma licença de canal de televisão da empresa *Westinghouse* para a empresa *NBC* (subsidiária de *RCA*, na época). Contestada pelo Departamento de Justiça Americano, *RCA* sustentou que tinha imunidade antitruste decorrente da aprovação da *FCC*. A Suprema Corte rejeitou esta defesa, pois lendo os estatutos da *FCC* ficou claro que esta agência nada poderia decidir a respeito dos aspectos concorrenciais da transação (ou seja, as consequências que a referida aquisição teria sobre o mercado de radiodifusão), mas apenas poderia fiscalizar o negócio, aprovando os novos administradores e obtendo garantias de que a programação continuaria a atender ao interesse público.

5. V. a respeito da *Pervasive Power Doctrine*, supra, item 1.2.

competência regulatória ou então desvio de finalidade.⁶

2. Poder regulamentar e direito antitruste

As teorias desenvolvidas acima, uma vez retiradas do contexto sócio-político em que apareceram, permitem identificar critérios para avaliação da relação entre poder regulamentar e direito antitruste. Para que o poder regulamentar possa se exercer sem consideração dos princípios concorrenciais é necessário que a competência atribuída ao órgão regulamentar seja *extensa* o suficiente para excluir a aplicação do direito concorrencial. Isso se verifica quando a lei claramente substitui o sistema concorrencial pela regulamentação, declarando expressamente esse objetivo e/ou oferecendo os meios para tal. Esse último requisito é fundamental. É preciso que a determinação das variáveis fundamentais econômicas (quantidade e preço) seja posta a cargo do órgão regulamentar. Mas não é só. É preciso também que haja fiscalização eficaz do cumprimento das regras sobre preços e quantidades estabelecidas pelo órgão regulamentar.

No sistema brasileiro alguns institutos de direito administrativo permitem identificar essas hipóteses. Quando a atividade realizada pelo particular tem a natureza de serviço público, então a regulamentação substitui o sistema concorrencial. É o que ocorre, via de regra, com as concessões de serviço público. Nelas há, normalmente, a criação de um verdadeiro monopólio de produção ou prestação de serviço pelo particular. Contrapartida necessária é a substituição do autocontrole do sis-

tema de mercado pelo sistema regulamentar, que passa a estabelecer as variáveis relevantes, tais como o preço e freqüentemente até a quantidade a ser produzida. A qualidade do produto ou serviço é normalmente objeto de fiscalização pelo próprio órgão governamental dotado do poder regulamentar.

No exemplo acima, não é a noção de serviço público, mas sim os poderes conferidos ao órgão administrativo no ato de concessão que permitem concluir pela não aplicação do sistema concorrencial. Sendo a noção de serviço público equívoca no sistema jurídico brasileiro,⁷ ela não pode ser critério para determinar sujeição ou não de uma determinada atividade ao sistema puramente regulamentar e não concorrencial. Para que seja possível presumir essa intenção é necessário verificar os poderes efetivamente atribuídos pela lei. É preciso ou que a lei especificamente manifeste a intenção de substituir o sistema concorrencial pelo sistema regulamentar ou, então, que a lei outorgue ao titular do poder regulamentar poderes para influir nas variáveis fundamentais de orientação da vida da empresa: basicamente preço e quantidade produzida, o que faz presumir a existência da mencionada intenção de substituição.

6. Assim, agências governamentais e seus funcionários agindo de acordo com sua competência são imunes às reclamações antitruste. V., por exemplo, *Willians Elec., 1991-1, Trade Cas. (CCH)*, 69.473 at 65.999), "agências federais e seus agentes exercendo sua competência estão imunes à responsabilização por ilícitos antitruste".

7. Têm-se separado as definições de serviço público no direito pátrio em formalistas e materialistas. Exemplo desta última é a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem serviço público é "toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público — portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais — instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo" (*Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 306). Já, Hely Lopes Meirelles define serviço público, em sentido mais formal, como "todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 20ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1995, p. 294).

Ora, nas concessões é exatamente isso que ocorre: pode o poder público definir preço e quantidade produzidas e fiscalizar o cumprimento de sua determinação.⁸

É possível, por outro lado, que a regulamentação vise não a substituir o sistema concorrencial, mas apenas a tutelar de maneira especial os interesses dos destinatários do produto ou serviço (consumidores). É necessário, então, mais uma vez distinguir entre duas situações. Aquela em que o legislador acha suficiente uma proteção concorrencial contra abusos e outra em que o legislador parece entender necessária uma proteção mais ampla do que a concorrencial.

O primeiro caso não causa dificuldades interpretativas. Sendo o sistema concorrencial o único a reger as relações, não é então possível qualquer conflito entre normas administrativas e regras concorrenciais.

Mais difícil é o segundo grupo de hipóteses. São estes os casos em que o particular interesse público existente na atividade (não suficiente, no entanto, para transformá-la em serviço público) leva à atribuição de poder de polícia a um determinado órgão da administração que não o encarregado simplesmente da proteção contra os ilícitos concorrenciais (CADE). Nes-

8. O poder concedente não só tem o direito, mas a obrigação de fiscalizar o cumprimento do serviço público, que deve estar sendo prestado de acordo com as condições inicialmente previstas. Luiz de Anhaia, Mello, citado por Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, cit., p. 298), clarifica o assunto, afirmando que "deve o Estado, no exercício do poder inerente à sua soberania, fixar tarifas, determinar *standards* de serviço, fiscalizar a estrutura financeira de todas as empresas de serviços de utilidade pública.

Com efeito, dispõe o art. 29 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que incumbem ao poder concedente entre outros poderes, a regulamentação do serviço concedido, a fiscalização de sua prestação, a homologação de reajustes e a revisão de tarifas e o zelo pela boa qualidade do serviço (art. 29, incisos I, V e VII).

ses casos é necessário estabelecer a relação entre o exercício do poder de polícia e as regras concorrenciais.

A análise da construção doutrinária em campo administrativo da noção de poder de polícia demonstra a sua necessária compatibilidade com as regras concorrenciais. Sua característica básica, que a diferencia do exercício de serviços públicos, diretamente pela administração ou indiretamente pelos concessionários, está em que, quando do exercício do poder de polícia, a administração não pode intervir diretamente, exercendo a atividade ou determinando as características básicas de seu exercício pelos particulares. A utilidade pública é obtida por via oblíqua, através de uma exigência de abstenção do particular.⁹

Ora, se assim é, o exercício do poder de polícia obviamente não é compatível com a substituição do sistema concorrencial. A não aplicação do sistema concorrencial só é admissível quando o Estado substitui o mercado na determinação das variáveis fundamentais da empresa e fiscaliza efetivamente o seu cumprimento pelos particulares, ou seja, quando cria *diretamente* a utilidade pública.

Em conseqüência, um normativo ou regulamento exarado nas condições supra mencionadas, ainda que no exercício de competência legalmente atribuída ao órgão específico, seria inconstitucional e ilegal. Inconstitucional por implicar ferimento ao art. 173, § 4º da CF, e ilegal, na medida em que implique infringência a alguns dos dispositivos dos arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94, podendo ser com tranqüilidade validamente contestado em juízo ou perante o CADE.

9. O poder de polícia é geralmente caracterizado como um poder negativo, que exige um *non facere* dos administrados. Para Celso Antônio B. de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 354), a utilidade pública é conseguida de modo indireto pelo poder de polícia, ao invés de ser conseguida de modo direto como na prestação de serviço público.

3. Imunidade antitruste

A questão da imunização da conduta do agente por força da atuação governamental não apresentaria dificuldade em presença de declaração constitucional expressa de imunidade para esse ou aquele setor. Não é isso o que ocorre, no entanto. A Constituição brasileira não prevê qualquer imunidade expressa à aplicação do direito antitruste.¹⁰

Cumpra, então, verificar se é possível identificar a existência de alguma imunidade implícita à aplicação do direito concorrencial. A teoria das imunidades implícitas teve grande desenvolvimento na doutrina americana, onde sobretudo a partir dos anos 50 cresceu em muito a regulamentação industrial baseada em poderes de fiscalização e controle atribuídos às assim chamadas *Independent Regulatory Commissions*. Sendo o fundamento da existência dessas comissões regulatórias independentes exatamente a criação de um corpo altamente especializado na matéria em questão, logo surgiu a questão de determinar até que ponto uma decisão de um desses órgãos de fiscalização e controle, aprovando determinada conduta, seria apta a tornar tal conduta imune à aplicação da legislação antitruste.

10. Diferente é a situação na Comunidade Econômica Européia (hoje União Européia). O art. 90, 2, do Tratado de Roma expressamente declara estarem imunes à aplicação das regras concorrências os "undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest" todas as vezes que a aplicação das normas concorrências possa ter por efeito obstruir "the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them". O primeiro conceito assemelha-se bastante à noção de serviço público do direito brasileiro. Já, a segunda expressão, bastante vaga, permite, na prática, com relação a esse tipo de empresa, desaplicar o sistema concorrencial sempre que isso for necessário ao interesse público (comunitário). A discricionariedade administrativa atribuída à Comissão CEE na aplicação desse preceito está perfeitamente em linha com aquela sobreposição dos interesses de política industrial aos princípios concorrências que tem se revelado uma característica do sistema concorrencial comunitário em sua aplicação prática.

Para resolver essa questão criou-se a doutrina do *pervasive power*, acima referida. Segundo ela, presume-se que o Legislativo quis isentar um determinado setor econômico da aplicação do direito antitruste quando for possível determinar que a delegação de poderes regulamentares feita à agência ou órgão governamental é tão ampla a ponto de tornar aquela determinada atividade econômica incompatível com o sistema concorrencial. Para definir o que significa essa atribuição suficientemente ampla de poderes dois critérios são utilizados.

O primeiro deles sugere a verificação do tipo de poderes conferidos ao órgão. A substituição do controle do mercado pelo controle governamental só poder ser presumida quando há atribuição ao órgão de poder para controlar decisões empresariais fundamentais normalmente controladas exclusivamente pelas forças de mercado. Decisões empresariais fundamentais do ponto de vista concorrencial são consideradas o controle da entrada e saída das empresas do mercado e dos preços por elas cobrados.¹¹ Segundo esse critério, a atribuição de poderes tão amplos a um órgão, incidentes sobre decisões empresariais que normalmente seriam tomadas com base apenas nos indicadores do mercado, demonstra a existência de intenção de substituir o sistema concorrencial pelo sistema da regulamentação e fiscalização estatal. Os atos ou contratos realizados segundo suas determinações gozam, portanto, de imunidade (implícita) à aplicação do direito antitruste. Nessa versão da teoria do *pervasive power* a imunidade deriva da *extensão* dos poderes atribuídos ao órgão regulamentar.

Pode existir, no entanto, uma outra razão para a existência de imunidade. Ainda que os poderes do órgão não sejam tão *extensos* a ponto de permitir a presunção de incompatibilidade com o sistema

11. V. P. Areeda, D. Turner, *Antitrust law*, v.1, p. 155, Boston-Toronto, Little, Brown & Company, 1978.

antitruste, é possível que sejam *profundos* o bastante para permitir presumi-la. Isso significa dizer que um poder pode também ser *pervasive* se na análise da conduta pelo órgão regulador for obrigatório levar em consideração também as suas conseqüências sobre o mercado. Como visto acima, isso significa, basicamente, analisar a competência do órgão.

Esse ponto pode ser melhor esclarecido por um interessante exemplo tirado da jurisprudência norte-americana. Trata-se da decisão da Suprema Corte Americana em *United States vs. RCA*.¹² Nele, a agência de controle das telecomunicações, *Federal Communications Commission (FCC)*, aprovou a transferência de uma licença de canal de televisão da empresa *Westinghouse* para a empresa *NBC*, subsidiária à época da *RCA*. Posteriormente essa aquisição veio a ser contestada judicialmente pelo Departamento de Justiça Americano com base na existência de violação ao direito antitruste. O problema concorrencial aqui é de menor importância. Relevante é observar que, ao rejeitar a defesa de *RCA* baseada na existência de imunidade concorrencial decorrente da aprovação prévia do negócio pela *FCC*, a Corte afirmou, após interpretar os estatutos que conferiam poderes a essa agência, que a aprovação da transação poderia significar no máximo aprovação dos novos administradores e afirmação de que a programação continuaria a ser realizada no interesse público. Nada decidia, no entanto, a respeito das conseqüências que a referida aquisição teria sobre o mercado de radiodifusão.¹³ Diferente deveria ser a solução, seguindo a lógica aqui proposta, se a *FCC* tivesse levado em consideração a possibilidade de concentração excessiva no mercado de radiodifusão, mas aprovado mesmo assim a aquisição, afirmando que obedecia, por essa ou aquela razão

específica daquele mercado, ao interesse público.

A análise da *profundidade* dos poderes estatais põe em realce um aspecto muito importante. A *profundidade*, ao contrário da *extensão*, não pode ser determinada de maneira eficaz sem a verificação da atuação efetiva da referida agência ou órgão. As competências são geralmente estabelecidas em termos genéricos, sem especificar as matérias que devem ser levadas em consideração na aplicação da lei (e nem seria possível exigir o contrário). Dessa maneira, para saber se os efeitos sobre o mercado são realmente considerados, é necessário analisar a atuação pretérita do órgão.

A existência de atuação efetiva não é, no entanto, suficiente. Para que a aplicação desse método leve a resultados coerentes é necessário também que o órgão encarregado da regulamentação e fiscalização seja dotado de capacidade técnica e conhecimento do mercado superior ao que é possível imaginar que o Judiciário ou então as agências de controle da concorrência possam ter. É necessário, portanto, que aquele tipo de mercado demande um conhecimento especial, que se pode presumir insuficiente mesmo em órgãos especializados na aplicação do direito antitruste.

A teoria do *pervasive power* oferece um interessante instrumental para a análise dos setores regulamentados no sistema brasileiro. Para sua análise é preciso em primeiro lugar notar que a Constituição não cria imunidade para qualquer setor em relação à aplicação do direito antitruste. Por outro lado, a Lei 8.884 (art. 15) expressamente submete ao regime antitruste todas as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal. Essa disposição corresponde ao desejo, expressamente declarado pelos autores do projeto, de submeter ao controle do CADE todos os atos e ajustes entre empresas, mesmo aqueles sujei-

12. 358 U.S. 334 (1959).

13. *Idem*, p. 351.

tos ao controle estatal.¹⁴ Isso faz com que a não aplicação do direito antitruste só seja possível em hipóteses excepcionais.

Para identificá-las é necessário fazer uma rápida análise das razões que podem levar o legislador (ou o Constituinte) a submeter um determinado setor econômico a regulamentação especial, supletiva ou substitutiva das forças do mercado. Duas são as razões imagináveis.

Em primeiro lugar, é possível que a regulamentação tenha objetivos precipuamente redistributivos. O legislador (ou o Constituinte) considera que aquele setor é socialmente tão importante que não pode ser deixado ao governo das forças de mercado. O Estado deve intervir, regulando exaustivamente o setor, de modo a garantir a proteção dos interesses dos usuários do serviço ou consumidores do produto. Nesse caso a regulamentação tem objetivos claramente *redistributivos*. Visa a substituir e não complementar ou corrigir o sistema de mercado.

14. V. nesse sentido *Relatório* do Deputado Fábio Feldman ao Projeto de Lei 3.712 (posteriormente transformado na Lei 8.884), p. 9, onde se afirma: "Na linha adotada pelas legislações anti-monopolísticas mais modernas, como o Japão, deverá a lei antitruste brasileira regular, ainda, os atos e ajustes entre empresas sujeitas ao controle estatal (...)". A citação do sistema japonês é bastante enganosa. A lei de concorrência japonesa não pode ser isoladamente considerada. É preciso levar em consideração as várias leis que concedem imunidades expressas a setores econômicos (v.g. vários tipos de pequenas e médias empresas). Em outros casos, apesar da previsão em lei de controle pela *FTC* japonesa dos acordos anticoncorrenciais, em caso de aprovação desses acordos pelo *MITI* (Ministério do Comércio e da Indústria Japonês), eles dificilmente são contestados pela *FTC* — há na verdade uma negociação e consulta prévia entre os órgãos, onde a opinião do *MITI* invariavelmente prevalece (v.g., medidas aprovadas ou sugeridas pelo *MITI* para diminuição da produção ou estabelecimento de acordos de preços em setores estruturalmente deprimidos) (v. M. Matsushita, *International Trade and Competition Law in Japan*, cit., respectivamente pp. 291 e 284). O resultado final é, portanto, muito mais aberto à substituição da competição pela regulamentação do que pode ter parecido ao legislador nacional.

Na Constituição brasileira esse primeiro objetivo, aqui denominado *redistributivo*, é claramente identificável naquelas atividades econômicas definidas como serviço público mas realizadas pelos particulares a título de concessão ou permissão (art. 175 da CF). A assimilação dessas atividades ao serviço público torna a regulamentação tão *pervasive* que é impossível imaginar a sua submissão aos padrões do direito concorrencial.¹⁵

O sistema de concessão e permissão de serviço público não é, ao menos no caso típico, compatível com o mercado, pois o Estado tudo regula: tarifas, qualidade do serviço e a própria entrada e saída do mercado. A concessão, e permissão, é, via de regra, atribuída a um só agente econômico, criando-se, portanto, um monopólio, cuja fiscalização e controle são responsabilidades do órgão permissionário ou concessionário. Nesse caso, portanto, a análise da extensão do poder regulamentar é suficiente para tornar inaplicáveis a essas atividades — até porque inúteis — os princípios concorrenciais.

Bastante diferente deve ser a análise quando a regulamentação visa não à substituição completa do sistema de mercado, mas apenas a corrigir imperfeições de seu funcionamento (a terceira razão supramencionada). Referidas imperfeições podem ser de várias espécies: dificuldades na transmissão de informações, compradores monopsonísticos, monopólios naturais, concorrência predatória.¹⁶ Nessa hipótese,

15. Na doutrina nacional reflete-se ainda hoje a tradicional disputa entre os defensores de uma noção formal e material de serviço público. Entre os primeiros v. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo*, cit., p. 294; para a segunda corrente v. C. A. Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 306 ss. No entanto, mesmo aqueles autores, como C. A. Bandeira de Mello, que incluem na definição do serviço público o elemento material não deixam de reconhecer que a disciplina do serviço público aplica-se também àquelas atividades definidas em sede constitucional ou legal como serviço público.

16. Cfr. R. Posner, *Theories of Economic Regulation*, cit., p. 335. Na verdade, todas as ma-

não havendo uma substituição, mas apenas uma complementação ou correção das imperfeições do sistema, a análise da *extensão* dos poderes regulamentares é de pouca utilidade. Sendo a regulamentação direcionada a um aspecto específico do funcionamento daquele determinado setor, é necessário verificar a *profundidade* dos poderes conferidos ao órgão encarregado da fiscalização.

Exemplo interessante dessa categoria pode ser encontrado em certos setores antes caracterizados como serviço público (em sentido formal) e que recentemente foram aproximados do sistema de mercado. Referência é feita, evidentemente, às recentes leis e regulamentações, especialmente do setor elétrico e de telecomunicações, que procuram em teoria estabelecer sistemas híbridos, que aliam concessões, por vezes acompanhadas dos sistemas de controle a elas típicos (controle de variáveis concorrenciais fundamentais — preço e quantidade produzida — portanto, regulamentação em sentido estrito), a uma tentativa de introdução (ao menos) incipiente do sistema competitivo. Essa redefinição corresponde também a uma redefinição da natureza desses serviços, que passam a não mais ser considerados serviços públicos (em sentido estrito e material). Isso justifica a não substituição completa do sistema concorrencial pelo sistema regulamentar. A existência daquelas imperfeições supra-expostas (sobretudo aquela relativa aos monopólios naturais) impede, no entanto, o estabelecimento de um sistema concorrencial perfeito.

Assim é que no setor elétrico previu-se a introdução gradual do sistema competitivo, permitindo-se aos consumidores uma gradual escolha dos fornecedores e distribuidores de energia elétrica dos quais adquirirão a energia (v. Lei 9.074, de 7 de julho de 1995, Seção III — “Das opções de com-

nifestações de imperfeições referidas no texto são causa ou então consequência dos monopólios naturais.

pra de energia elétrica por parte dos consumidores” — arts. 15 e 16).

No setor de telecomunicações, o já revogado Decreto 1.719, de 28 de novembro de 1995 (revogação operada pelo Decreto 2.087, de 4 de dezembro de 1996), que aprovou o regulamento de outorga de concessão ou permissão para exploração de serviços de telecomunicações em base comercial, afirmava por diversas vezes ser um dos objetivos da nova estrutura a ser implantada o aumento da competição no setor (v.g. arts. 2º e 5º). Em cumprimento a esses objetivos, havia no art. 21 uma lista de vedações à participação em licitações, que visavam a garantir condições de competitividade no momento da licitação. Proibia-se a participação direta ou indireta de uma empresa em licitação de área onde já detinha concessão. Mas não se foi além. A preocupação com a competição restringe-se ao momento da licitação. Ao mesmo tempo, ciente de que a competição no momento da licitação não é suficiente para introduzir um sistema de mercado, previa-se uma estrita regulamentação do setor, através do órgão de supervisão a ser criado. Permanece a desconfiância com relação à introdução de um sistema verdadeiramente concorrencial no setor.¹⁷

17. Reveladora dessa tendência é a regulamentação da participação dos agentes privados no setor de telefonia celular (a chamada “banda B”). O tão repetido intuito de estimular a competição no setor restringe-se na prática à existência da licitação (relembrando, portanto, a já citada e criticada perspectiva da Escola de Chicago) e à existência de uma operadora pública na banda A. Havendo, como ocorrerá, apenas um operador na banda B, o sistema será, na prática, operado sob regime de duopólio. A escolha desse regime parece ter sido motivada pelo intuito de aumentar o valor da concessão (já que há o valor adicional da participação em um duopólio) e pela mencionada desconfiância na eficácia do sistema competitivo em um setor em que há dúvidas quanto à possibilidade de eliminação das características básicas dos monopólios naturais. Resta saber se essa opção por um sistema competitivo “pela metade” será suficiente para resolver os problemas crônicos do setor (falta de investimentos e ineficiência), que exatamente através da introdução da com-

4. O caso do sistema financeiro nacional

Existe ainda uma terceira categoria de situações, não mencionada acima em qualquer das análises, que merece atenção especial. Trata-se daquelas situações em que o interesse em proteger um determinado grupo da população, considerado mais frágil, submete determinado setor a um regime de autorização para funcionamento e fiscalização governamental. Não há, aí, qualquer efeito redistributivo ou qualquer intuito de corrigir imperfeições do mercado.

No sistema brasileiro, exemplo bastante eloqüente desse tipo de situação, que requer especial atenção tanto na análise do exercício do poder regulamentar para autorizar condutas ou do poder de fiscalização para autorizar a formação de estruturas, é o sistema financeiro nacional.

Aplicando o critério acima desenvolvido e especificado para a análise da *profundidade* do poder regulamentar, é preciso verificar a presença de (a) dispositivos legais e constitucionais regulamentando ao menos o gênero de comportamento ou situação em análise; (b) órgão estatal ou agência regulamentar independente encarregada da fiscalização do setor específico, autorizada a levar em consideração todos os aspectos envolvidos, inclusive os efeitos sobre o mercado; (c) efetiva atuação desse órgão no controle e fiscalização do setor, que demonstre sua consideração dos aspectos mercadológicos. Note-se que, aqui, o requisito refere-se à atividade habitual do órgão. Não é necessário que para aquele ato específico se tenha feito referência às consequências mercadológicas.

A presença de todos esses requisitos é necessária, pois não há incompatibilidade estrutural claramente estabelecida pela

petição pensava-se solucionar, ou se, ao contrário, não levará simplesmente à transferência do monopólio público para as mãos dos particulares.

Constituição entre a regulamentação e o controle da concorrência. É possível que a regulamentação vise apenas a complementar o sistema concorrencial, garantindo exatamente o seu bom funcionamento. Nesse caso, a única forma de não se sujeitar à lei concorrencial, em face da já mencionada abrangência do art. 15 da Lei 8.884/94, é caracterizá-la como uma conduta *justificada*. Com efeito, grande parte das condutas previstas no art. 21 só são ilícitas quando injustificadas (v., por exemplo, incisos XX, XXI e XXIV). Obviamente, a autorização dada por outro órgão estatal com competência e capacidade para analisar tais condutas do ponto de vista concorrencial é *causa justificadora* capaz de afastar a existência do ilícito.

No caso das instituições financeiras essa justificativa, infelizmente, ainda não existe. Diz-se “infelizmente” porque o mercado financeiro é setor onde o conhecimento técnico específico é necessário inclusive para avaliar corretamente as consequências dos atos e contratos sobre o mercado.¹⁸ Um aumento de preços abusivo ou mesmo os efeitos concorren-

18. É internacional a tendência no sentido da especialização do tratamento dos bancos e instituições financeiras em geral, inclusive nos aspectos concorrenciais — na Alemanha, o § 44 Abs. 2 *GWB* prevê que para qualquer sanção à instituição financeira seu órgão especial de controle deve ser consultado e a sanção só pode ser aplicada havendo acordo entre o órgão de controle da concorrência e o órgão controlador da instituição financeira específica (na Alemanha existem órgãos diversos para controle de bancos, companhias de seguro etc.). Havendo desacordo entre ambos, a questão deve ser decidida pelo Ministro da Economia. Nos EUA desde 1966 os atos que impliquem concentração no setor bancário são imunes à aplicação do *Sherman Act* e do *Clayton Act*, estando sujeitos a regulamentação específica — *Bank Merger Act* 1966. Não foi criado, no entanto, qualquer órgão específico para o seu controle. Finalmente, no Japão as atividades do Bancos são supervisionadas quase em sua inteireza pelo *MOF* (Ministry of Finance), cabendo à *FTC* japonesa pouco mais que acatar as decisões daquele órgão, inclusive no que respeita às consequências dos atos ou contratos para o mercado — v. para esse último caso, M. Matsushita, *International Trade and Competition Law in Japan*, cit., pp. 7 e ss.

ciais de uma concentração não podem ser sequer detectados sem a participação do Banco Central.

A fiscalização das instituições financeiras também do ponto de vista concorrencial é perfeitamente possível ao Banco Central. A Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, prevê, em seu art. 10, inciso X, letras "c" e "g", que toda fusão, incorporação, transformação e alienação de controle das empresas deve ser autorizada pelo Banco Central. O Banco Central tem, portanto, com relação às instituições financeiras, a mesma competência fiscalizatória atribuída pelo art. 54 ao CADE com relação à generalidade das empresas. Tratando-se, por outro lado, a lei bancária de regulamento específico, não pode ser derogada pelas disposições mais genéricas da lei concorrencial.

O mesmo pode ser dito com relação ao controle das condutas. O art. 11, inciso VII, da mesma Lei 4.595/64 prevê que ao Banco Central compete "exercer permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que, direta ou indiretamente, interfiram nesses mercados e em relação às modalidades ou processos operacionais que utilizem". É possível, portanto, também ao Banco Central o exercício do controle comportamental.

Mas do que isso. Os fins da atuação do Banco Central do Brasil são absolutamente consentâneos com a aplicação do direito concorrencial. A própria Lei 4.595/64 expressamente estabelece em seu art. 18, § 2º, que "o Banco Central do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre as instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos nos termos desta Lei".

Duas outras razões fortíssimas induzem a esta conclusão. Em primeiro lugar, exercendo o Banco Central poder de polícia administrativa, deve obedecer, pelas razões antes analisadas, aos princípios concorrenciais em sua atuação. A segunda ra-

ção é ainda mais forte. A proteção da poupança popular, objetivo-chave de atuação das autoridades de tutela do sistema financeiro nacional (v. art. 3º, inciso VI — objetivos gerais da política do Conselho Monetário Nacional, aplicável ao Banco Central do Brasil por ser este o responsável por dar-lhe atuação), é perfeitamente compatível com os objetivos concorrenciais. Aliás, esses últimos objetivos lhe são instrumentais. A excessiva concentração de instituições financeiras, ao invés de diminuir, aumenta os riscos para a poupança popular. Quanto maior for o tamanho de uma instituição financeira, tanto maiores e mais sérios serão os prejuízos causados por suas dificuldades e por sua quebra. Dessa forma, uma política coerente de proteção à poupança popular deve levar em consideração o dado concorrencial.

Cumpridos estão, portanto, os requisitos previstos nas letras "a" e "b" referidas acima. Falta, no entanto, o requisito "c", que é fundamental para a caracterização do poder como *pervasive*. O Banco Central jamais exerceu sua competência teórica em matéria concorrencial. Não é possível em qualquer justificativa ou exposição de motivos de normativos identificar qualquer referência à análise da situação do ponto de vista concorrencial. Portanto, em sua profundidade, o poder do BC não pode ser considerado *pervasive* e as condutas por ele aprovadas não podem ser tidas como imunes à aplicação do direito concorrencial e à revisão do órgão especificamente encarregado dessa função (CADE), pelo menos até que ele demonstre a efetiva assunção da fiscalização do setor financeiro também do ponto de vista concorrencial. Perfeitamente possível, portanto, nessa esfera, não só a revisão judicial, mas também a revisão administrativa do próprio ato administrativo. O não exercício de uma competência legal em sua plenitude por um determinado órgão e a existência de competência concorrente de outro órgão tornam essa postura necessária.

5. Conclusão

Da análise empreendida supra, parece não restar dúvida quanto a um resultado. A não ser no caso dos serviços formais e materialmente públicos, em que há na lei uma clara intenção de substituição do sistema concorrencial, não é possível isentar do controle antitruste comportamental e estrutural qualquer tipo de atuação do Estado, seja ela relativa ao exercício do poder de polícia por via regulamentar, ou à autorizações para o exercício de determinada atividade.

Como critérios para a verificação da legalidade da conduta em ambos os casos

aparece (i) a verificação da existência de poderes efetivos para regular a matéria concorrencial e (ii) a assunção efetiva da função de verificação dos aspectos concorrenciais pelo órgão governamental ou pessoa jurídica primariamente encarregada do controle respectivo.

Cumprirá, então, ao CADE e/ou ao Judiciário aplicar, no caso de exercício ilegal de poder regulamentar, ao Estado, e, no caso de autorização para prática de atividade, ao particular, com base na ampla definição de sujeitos ativos dos delitos concorrenciais contida no art. 15 da Lei 8.884/94, as sanções pelas ilegalidades cometidas.