A imunidade antitruste sob a ótica da legislação brasileira

Um assunto atemporal nos corredores do antitruste nacional trata do conflito de competência entre a jurisdição concorrencial e a regulatória. Ambas possuem diretriz constitucional que guiam a atividade econômica no Brasil: de um lado, há a busca da repressão do abuso de poder econômico que vise à dominação de mercados ou à eliminação da livre concorrência (art. 173, §4º, da CF), noutro a fiscalização, incentivo e planejamento de determinada atividade econômica (art. 174 da CF). Apesar de os objetos serem distintos, nada os obsta de se esbarrarem e gerarem atritos – que podem se estender anos a fio.

O conflito mais marcante nesse sentido (e que se arrastou por 16 anos) envolveu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e o Banco Central do Brasil (Bacen) quando da decisão daquele que aprovou a operação de constituição e desfazimento da *joint-venture* do Banco de Crédito Nacional S.A. – BCN pelo Banco Bradesco, aplicando-lhes multa em virtude da intempestividade da notificação.[1–2](#)

Em razão da existência de legislação específica que estabelecia a submissão de operações entre instituições financeiras ao Bacen, o BCN e o Bradesco impetraram mandado de segurança em face da decisão do Cade de modo a anulá-la. O caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que entendeu que, apesar de competir ao Cade analisar operações que cumprissem os requisitos da então vigente Lei nº 8.884/1994[3](#), a Lei nº 4.595/1964 conferia exclusividade ao Bacen para decidir sobre atos de concentração entre instituições integrantes do sistema financeiro nacional, competindo a ele, portanto, a competência para análise da operação[4–5](#).

Diante de tal decisão, a pergunta que vem em mente é: a legislação regulatória seria capaz de afastar a jurisdição antitruste? Ainda, ela seria capaz de conceder imunidade antitruste? Vejamos.

Quanto à primeira questão, no campo teórico, para avaliar um possível afastamento da jurisdição concorrencial, as autoridades têm utilizado nos últimos anos duas doutrinas importadas da experiência estadunidense: a Teoria da Ação Política (*State Action Doctrine*) e a Teoria do Poder Amplo (*Pervasive Power Doctrine*). De acordo com a teoria da ação política, criada a fim de resolver o conflito de competência entre agências estaduais e federais, para que a competência concorrencial seja afastada, é necessário que (i) o Estado claramente articule e afirmativamente expresse seu desejo de substituir o processo competitivo por alguma forma de regulação e que (ii) a conduta seja supervisionada de forma ativa por agência competente[6](#). Por sua vez, os critérios avaliados pela teoria do poder amplo, criada a fim de dirimir conflitos apenas no âmbito federal, são (i) a clara substituição pela competência regulatória e, ainda, (ii) que o poder conferido à agência seja amplo o suficiente para afastar a competência de qualquer outro órgão ou denso o suficiente de modo que a própria agência disponha da competência concorrencial.[7](#)

Já no campo prático, a autoridade avaliará (i) a autonomia da empresa na conduta investigada, isto é, se a empresa está agindo conforme a regulação impõe (e não meramente autoriza); (ii) se a referida supervisão de fato ocorre; e (iii) se há política pública expressa afastando a competência concorrencial[8](#).

Nesse sentido, assim fez o STJ quando do julgamento do REsp 1.390.875/RS, de relatoria do Min. Napoleão Nunes, que deu provimento ao especial por entender pela inexistência de cartel em razão da aplicação da *state action doctrine*:

1. O mercado de GLP – gás liquefeito de petróleo – tinha seu preço tabelado pelos órgãos reguladores competentes no período em que se alega a formação de cartel por parte das distribuidoras, o que afasta a possibilidade de punição delas.

[...]

3. No caso, não há dúvidas de que se está diante de um mercado regulado, o de distribuição de GLP, que seria imune, portanto, ao controle do órgão antitruste, pois facilmente se verifica que: (i) o CNP aprovou a implantação de mercado de empresas que tinha como objetivo organizar a distribuição do GLP, facilitar a sua fiscalização, evitar a proliferação de revendedores clandestinos e propiciar melhores condições de segurança ao consumidor; e (ii) o Sistema Integrado de Abastecimento era elaborado pelo próprio órgão regulador, sendo mensalmente auditado pelo DNC (Departamento Nacional de Combustíveis). Assim, está claro que a regulação servia a uma política pública, era imposta às empresas reguladas e supervisionadas pelo órgão competente

Em síntese, havendo política pública expressa afastando a competência concorrencial — e a supervisão desta por agência competente — e estando a empresa desempenhando atividade econômica de acordo com referida política, a jurisdição concorrencial poderá, sim, ser afastada em prol da regulação setorial.

O leitor mais atento poderá se perguntar, então, qual seria a diferença entre o referido afastamento da jurisdição concorrencial e a imunidade antitruste que trata a segunda pergunta. O afastamento tratado acima se refere a algo pontual (e/ou até mesmo transitório) e, sob o ponto de vista legislativo, suave (*i.e.*, se dá por norma infraconstitucional). Fazendo um paralelo com o direito tributário, nessa hipótese de afastamento da jurisdição concorrencial, estaríamos diante, portanto, de verdadeira isenção antitruste. Enquanto, por outro lado, a imunidade antitruste se trata de algo perene e, sob o ponto de vista legislativo, rígido (*i.e.*, se dá por meio da Constituição Federal).

Dessa forma, partindo do pressuposto da legislação pátria de que a imunidade decorreria apenas do texto constitucional, questiona-se: existe imunidade antitruste no Brasil?

Sim, existe. Trata-se da hipótese do §1º do art. 174 da Constituição Federal, que prevê que “*a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento*”. Como o regime de planejamento implica em intervenção direta do Estado de modo a impor metas aos órgãos governamentais e empresas estatais ou de economia mista, o comportamento do setor público é, portanto, imune ao direito concorrencial⁹.

Um exemplo nesse sentido é o regime de concessão previsto art. 175 da CF, em que ao Estado competirá regular tarifas, qualidade do serviço e a própria entrada e saída de agentes do mercado, além de, via de regra, atribuir essa função (e também a de fiscalização) a um só agente econômico, criando-se, assim,

um monopólio em determinada atividade econômica (objeto, a princípio, combatido pelo direito antitruste).¹⁰

Por fim, mas não menos importante, feitas essas ressalvas, cumpre enfatizar que a Lei de Defesa da Concorrência permanecerá intocável quanto à sua competência, como assim desejou o legislador. Nos termos de seu art. 31, competirá ao Cade o crivo de todos os atos praticados por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado. Quando desempenhar essa função em mercado regulado, o Cade exercerá esse papel à luz da interface e, principalmente, complementaridade entre regulação e defesa da concorrência¹¹, sendo as hipóteses de isenção e imunidade uma própria exceção dessa interação.

Sob a ótica da legislação brasileira, portanto, quando se falar de afastamento da jurisdição antitruste, saberemos se tratar de hipótese excepcional de isenção, e, por sua vez, quando se falar em incompatibilidade antitruste, estaremos diante de hipótese estrutural de imunidade.

¹Ato de Concentração nº 08012.002381/2001-23.

²A hipótese de intempestividade da notificação quando da vigência da antiga Lei de Defesa da Concorrência – LDC (Lei nº 8.884/1994) em que, a rigor, os atos de concentração eram analisados *a posteriori*, isto é, o crivo da autoridade era realizado após a realização do negócio. Com o advento da nova LDC (Lei nº 12.529/2011), os atos de concentração passaram a ser analisados *a priori*, isto é, para que ele se concretize, é necessária a aprovação da autoridade. Dessa forma, a hipótese de intempestividade da notificação deixou de existir no ordenamento concorrencial nacional e foi substituído pela prática de *gun jumping* (consumação da operação antes do crivo do Cade).

³A Lei nº 8.884/1994 foi revogada pela Lei nº 12.529/2011, que reestruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

⁴Recurso Especial 1.094.218/DF.

⁵Atualmente o processo se encontra no Supremo Tribunal Federal. Contudo, em razão do memorando de entendimentos celebrado entre Cade e Bacen, ambas as partes passaram a militar para que o Agravo Interno em Recurso Extraordinário fosse admitido a fim de que os procedimentos previstos no memorando fossem parametrizados pelo STF (em outras palavras, milita-se pela complementaridade entre as competências).

⁶HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*. Cambridge (Ms.)/London, Harvard University Press, 2008.

⁷TAUFICK, Roberto Domingos. *Imunidade Parker V. Brown: Releitura das Doutrinas State Action e Pervasive Power no Ordenamento Jurídico Brasileiro*

⁸SILVEIRA, Paulo Burnier da. *Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 138-140.

[9](#)SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 140-141.

[10](#)Idem, p. 142.

[11](#)PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva, ALMEIDA PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do Cade. Revista Direito FGV. 2014.

Date Created

04/12/2020