

Eduardo Ferreira Jordão

Prefácio

Floriano de Azevedo Marques Neto

Restrições regulatórias à concorrência

Belo Horizonte



2009

© 2009 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra,
por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos
xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Editora Fórum Ltda.
Av. Afonso Pena, 2770 – 15^o/16^o andar
Funcionários – CEP 30130-007
Belo Horizonte – Minas Gerais
Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br
editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Bibliotecária: Paloma Fernandes Figueiredo – CRB 2932 – 6^a Região
Indexação: Alessandra Rodrigues da Silva – CRB 2459 – 6^a Região
Projeto gráfico: Walter Santos
Formatação e capa: Marcelo Belico

J826r Jordão, Eduardo Ferreira

Restrições regulatórias à concorrência / Eduardo Ferreira Jordão; prefácio Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

215 p.

ISBN 978-85-7700-210-8

851731
1. Direito administrativo. 2. Concorrência, restrições regulatórias. I. Marques Neto, Floriano de Azevedo II. Título

CDD: 341.3

CDU: 342.9

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

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições regulatórias à concorrência*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 215 p. ISBN 978-85-7700-210-8.

Sumário

Prefácio

Floriano de Azevedo Marques Neto	11
--	----

Capítulo 1

Introdução	17
-------------------------	----

Capítulo 2

Entre a regulação e a concorrência	23
2.1 O objetivo e a estrutura deste capítulo.....	23
2.2 Os benefícios sociais do mercado concorrencial	24
2.3 As limitações sociais do mercado concorrencial.....	29
2.4 Conclusão	33

Capítulo 3

A anulação judicial da lei restritiva da concorrência	35
3.1 O objetivo e a estrutura deste capítulo.....	35
3.2 A validade jurídica da lei restritiva da concorrência no direito comparado	37
3.2.1 O caso dos Estados Unidos.....	37
3.2.1.1 Regulação estadual: a <i>State Action Doctrine</i>	37
3.2.1.2 Regulação federal	39
3.2.1.3 Conclusão sobre o caso americano	40
3.2.2 O caso da União Européia	40
3.2.2.1 Violação ao artigo 10.....	41
3.2.2.2 Violação ao artigo 86.....	44
3.2.2.3 Conclusão sobre o caso europeu.....	46
3.3 A validade jurídica da lei restritiva da concorrência no Brasil.....	46
3.3.1 A regulação dos serviços públicos.....	47
3.3.1.1 A problemática questão do conceito de serviço público.....	51
3.3.2 A regulação das atividades econômicas em sentido estrito	53
3.3.2.1 A hipótese da insindicabilidade da escolha do legislador	55
3.3.2.2 A hipótese da hierarquização de princípios constitucionais.....	56
3.3.2.3 A ponderação concreta de princípios constitucionais	63
3.3.2.3.1 Razoabilidade e proporcionalidade como postulados normativos	65
3.3.2.3.2 A razoabilidade e suas diferentes acepções	66
3.3.2.3.3 A proporcionalidade e os exames a ela inerentes	70

3.3.2.3.3.1	A adequação	71
3.3.2.3.3.2	A necessidade	72
3.3.2.3.3.3	A proporcionalidade em sentido estrito	75
3.3.2.3.4	Notas finais de ordem prática	76
3.4	Conclusão	80

Capítulo 4

O controle do lobby por regulação anticompetitiva	83	
4.1	O objetivo e a estrutura deste capítulo.....	83
4.2	A disciplina concorrencial do lobby no direito comparado	86
4.2.1	O caso dos Estados Unidos: a <i>Noerr-Pennington Doctrine</i>	86
4.2.2	O caso da União Européia	90
4.2.3	O lobby e o direito concorrencial na experiência comparada	93
4.3	A disciplina concorrencial do lobby no Brasil: o estado da arte	94
4.3.1	O estágio atual da jurisprudência do CADE	97
4.3.1.1	O relato do caso SINPETRO-DF.....	97
4.3.1.2	Reflexões sobre o caso SINPETRO-DF	100
4.3.1.3	Outras manifestações do CADE sobre este tema	102
4.3.1.4	Conclusões sobre o estágio atual da jurisprudência do CADE.....	104
4.4	A disciplina concorrencial do lobby no Brasil: uma proposta.....	105
4.4.1	A ausência de um adequado critério teórico da ilicitude.....	106
4.4.2	O caráter indireto e incerto da restrição concorrencial resultante do lobby.....	109
4.4.3	As alternativas ao controle direto do lobby.....	112
4.4.4	Esclarecimentos finais	116
4.5	Conclusão	118

Capítulo 5

A advocacia da concorrência como forma de cooperação institucional	119	
5.1	O objetivo e a estrutura deste capítulo.....	119
5.2	As principais características da atividade de advocacia da concorrência	120
5.2.1	A complementaridade à aplicação repressiva do direito antitruste	121
5.2.2	O seu efeito anticaptura	123
5.2.3	A titularidade das competências relativas à advocacia da concorrência	124
5.3	A advocacia da concorrência no direito comparado.....	125
5.3.1	Estados Unidos	126
5.3.2	União Européia.....	127
5.4	A advocacia da concorrência no direito brasileiro.....	128
5.4.1	As competências atribuídas ao CADE.....	129

5.4.2	As competências atribuídas à SDE e à SEAE	135
5.4.3	A reforma do SBDC e a advocacia da concorrência.....	138
5.5	A avaliação dos resultados da advocacia da concorrência	140
5.6	Conclusão	143

Capítulo 6

A imunidade antitruste decorrente da regulação pública	145	
6.1	O objetivo e a estrutura deste capítulo.....	145
6.2	A imunidade antitruste decorrente da regulação no direito estrangeiro.....	146
6.2.1	O caso dos Estados Unidos	146
6.2.1.1	A imunização decorrente da regulação estadual.....	147
6.2.1.2	A imunização decorrente da regulação federal	149
6.2.2	O caso da União Européia	153
6.3	A imunidade antitruste decorrente da regulação no Brasil: o estágio atual.....	156
6.3.1	A imunidade setorial à intervenção do CADE	158
6.3.2	A imunidade antitruste propriamente dita na jurisprudência do CADE	161
6.3.2.1	A política expressa e definida de substituição da competição	163
6.3.2.2	A supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações.....	166
6.3.2.3	A questão da compulsão como condição para a imunidade	168
6.3.2.4	Balço da jurisprudência do CADE.....	171
6.4	Propostas para identificação de imunidades antitrustes no Brasil.....	172
6.4.1	Um passo preliminar: o abandono da <i>State Action Doctrine</i>	173
6.4.2	A adoção de um teste bifásico	173
6.4.2.1	A primeira fase: a identificação de imunidades genéricas	173
6.4.2.2	A segunda fase: a identificação de imunidades específicas.....	174
6.4.2.2.1	As condutas compelidas por regulação estatal válida.....	175
6.4.2.2.2	As condutas autorizadas por regulação estatal válida.....	176
6.4.2.2.3	As condutas compelidas por regulação estatal inválida.....	178
6.4.2.2.4	As condutas autorizadas por regulação estatal inválida.....	183
6.5	Conclusão	186

Capítulo 7

Conclusões	189
Referências	197
Índice	213