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

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 1 – fevereiro/março/abril de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil

DIREITO DA CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Prof. Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da Silva
Ex Coordenador Geral da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, Membro da Sociedade Brasileira de Direito Público.

1. EVOLUÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL A PARTIR DA LEI 4.137/62

A evolução do direito antitruste no Brasil está intimamente ligada ao histórico econômico do país.[1]

Durante um longo período, o Estado brasileiro aderiu a uma política de intervenção intensa nas atividades privadas, a qual foi marcada por duplo perfil. De um lado, exacerbou a proteção da economia popular, utilizando-se técnicas de amplo controle de preços e substituição de importações e, de outro, o Estado passou, com intensidade jamais vista, a atuar na economia como um empresário, centralizando grande parte das atividades econômicas. Conseqüência lógica de uma tal configuração econômica foi o abandono da opção concorrencial cujo pressuposto de aplicação se funda em um patamar mínimo de liberdade aos agentes de mercado.

Tal período, que se inicia com a criação do CADE pela Lei 4.137/62,[2] pode ser definido, sob o prisma da eficácia normativa, como a **"*Era perdida*" do direito antitruste**.[3] Como sublinha Paula Forgioni, "em seu período de vigência,

---

[1] Este breve histórico do direito da concorrência no Brasil tem como base teórica, especialmente, os estudos de Gesner de OLIVEIRA em seu *Concorrência - Panorama no Brasil e no Mundo*, São Paulo, Saraiva, 2001.

[2] A escolha da Lei 4.137/62 como o marco temporal sobre o qual se inicia esta análise histórica não olvida toda a dimensão fática e normativa do direito econômico brasileiro que lhe precede, porquanto possui tão-somente a pretensão de introdução ao tema deste trabalho.

[3] Gesner de OLIVEIRA destaca que 74% das decisões do CADE, no período de 1962 a 2000, foram tomadas entre 1996 e 2000, ou seja, nos últimos quatro anos. Mas pondera: "Este

sem embargo de alguns breves 'surtos' ou 'ondas' de aplicabilidade, a Lei Antitruste de 1962 não encontrou maior efetividade na realidade brasileira, não sendo possível identificar qualquer atuação linear e constante de uma política econômica que se tenha corporificado em uma política da concorrência".[4]

A partir do final da década de 80, com a gênese do processo de abertura da economia e o abandono das técnicas tradicionais de intervenção, o direito da concorrência, gradativamente, adquire maior efetividade. Do controle da economia popular passa-se a uma intensificação da tutela concorrencial. Marco desta mudança foi a edição da Lei n º 8.158/91, que, em certa medida, simbolizou o nascimento (ou renascimento) da defesa da concorrência. Esta nova etapa, que antecedeu à promulgação da Lei 8.884/94, foi marcada, entretanto, por um certo hibridismo, já que não representou o total abandono das práticas ortodoxas de intervenção nos mercados. Como assinala Gesner de Oliveira, "de um lado, do ponto de vista da estabilização, exigiu-se das autoridades brasileiras papel centralizador no sentido de coordenar as expectativas em direção a uma taxa de inflação moderada (...). De outro lado, as reformas liberalizantes aceleradas durante a administração Collor indicavam a necessidade da adoção de regras típicas de defesa da concorrência".[5]

Com efeito, este ***período de transição*** foi encerrado com o advento da Lei n º 8.884/94. A nova Lei da Concorrência trouxe como uma de suas principais inovações a transformação do CADE em autarquia, conferindo-lhe maior autonomia.[6]

Como se sabe, outra grande inovação foi a introdução do controle concorrencial preventivo. A possibilidade de análise de atos de concentração pelo CADE, em compasso com as tendências mundiais modernas, ofereceu nova configuração ao direito da concorrência brasileiro. Do perfil eminentemente ***repressivo*** passa-se a contemplar uma atuação ***prévia*** cuja essência é a de impedir a ocorrência de situações anticompetitivas em momento futuro à operação analisada. Interessante notar que o controle de estruturas surge num cenário de crescente concentração dos mercados, o que o torna ainda mais relevante.

Paralelamente ao desenvolvimento do direito antitruste, todo um processo de desregulamentação econômica (desestatização e introdução da concorrência) é engendrado. Importante sublinhar, no entanto, que **este processo não constituiu a razão determinante para o fortalecimento da defesa da concorrência**. Este fato deve ser atribuído especialmente à abertura econômica,

---

quantitativo não diminui, no entanto, a importância qualitativa da experiência obtida nas mais de três décadas anteriores." *Concorrência - Panorama no Brasil e no Mundo*, ob. cit., p. 09.

[4] Paula A. FORGIONI, *Os Fundamentos do Antitruste*, São Paulo, RT, 1998, p. 131.

[5] *Concorrência - Panorama no Brasil e no Mundo*, ob. cit., p. 03.

[6] Suas decisões não são mais suscetíveis de revisão, uma vez que não há entre o Conselho e a Administração Direta relação de subordinação hierárquica. Além disto, os Conselheiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República e sabatinados pelo Senado Federal, passaram a possuir estabilidade em seus cargos, não podendo ser demissíveis *ad nutum* (livremente).

à estabilização e ao fim da regulação protetiva da economia popular. Apesar de ter suas bases fixadas já na metade dos anos 80 com a edição do chamado *Programa de Privatização* (Decreto 91.991), a desregulamentação somente ganha corpo nos setores mais expressivos da economia (telecomunicações, energia elétrica, petróleo, gás, transporte, etc.) na metade da década de 90 – momento em que, como referido, as inovações trazidas pela Lei da Concorrência já tinham ocorrido.[7] As emendas constitucionais que autorizavam as reformas só foram aprovadas pelo Parlamento a partir de 1995.

Com a desestatização dos serviços públicos e a implementação da competição[8], setores inteiros da economia passam a não ser mais imunes à aplicação do direito antitruste. Pode-se dizer que um novo campo material se abre à defesa da concorrência, de maneira a lhe trazer novos e complexos desafios. O momento atual se, de um lado, requer a ***consolidação do direito concorrencial***, de outro, demanda nova postura do CADE – que precisa, como adiante se demonstrará, ser ainda mais fortalecido.[9]

2. A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO CENÁRIO PÓS-PRIVATIZAÇÃO

O desenvolvimento da moderna regulação ou *re-regulação* da economia e o surgimento das agências reguladoras passaram a trazer à tona novos dilemas na esfera concorrencial.[10]

Assiste-se, hoje, à queda ou mitigação do chamado modelo ***estatocêntrico***, ou seja, à supressão de uma realidade em que as decisões do Estado são tomadas do modo mais centralizado possível – como se o poder brotasse de uma só fonte. Vislumbra-se, em oposição a este modelo, o advento de um Estado com perfil ***policêntrico***, é dizer, cujas decisões são tomadas, cada

---

[7] O *Plano de Desestatização* foi posteriormente aprimorado pelo Programa Federal de Desestatização (Decreto 95.886/88). O governo Collor, por sua vez, editou um "pacote" de medidas provisórias que autorizavam a alienação do controle do capital social de empresas estatais federais, mas ainda com exclusão daquelas previstas como de exploração exclusiva pela União (v. g., petróleo, telecomunicações, energia elétrica). Estas medidas provisórias foram revogadas pela Lei n º 8.031/90 que criou o *Programa Nacional de Desestatização.* Novas medidas provisórias se seguiram até que o Governo Fernando Henrique Cardoso, após também uma série de diplomas normativos, editou a Lei 9.491 de 09.09.1997.

[8] Para Eduardo J. Rodriguez CHIRILLO, "la competencia no sólo no es incompatible con la mayoría de los fines públicos que se pretendan conseguir, sino que es el instrumento más idóneo para alcanzarlos". *Privatización de La Empresa Publica y Post Privatización*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p. 466.

[9] Não se trata do estudo da análise efetuada *ex post* pelo CADE das privatizações. Mas da aquilatação de fenômeno mais amplo ligado à inserção do CADE no cenário pós-privatização.

[10] É importante sublinhar a importância de outras questões atuais na defesa da concorrência no Brasil. Entre elas: harmonizar internacionalmente as legislações, promovendo-se a integração entre os países, "desenvolver acordos de cooperação de forma a fazer valer a *extraterritorialidade da lei* (...) e no plano interno, sedimentar a cultura da concorrência". Além, é claro, da atribuição de maior independência ao CADE com o devido aporte de recursos orçamentários. Consultar Gesner de OLIVEIRA, *Concorrência*..., ob. cit., pp. 31-32.

vez mais, de forma descentralizada, multiplicando-se os núcleos de onde emana poder.

As agências reguladoras, fruto deste processo, encontram-se submersas num sistema específico de regras composto por uma linguagem muito peculiar (telecomunicações, energia elétrica, petróleo, etc). Por tal razão, estão muito mais próximas dos setores regulados, possuindo maiores condições para a aquilatação das informações necessárias dos problemas concorrenciais ocorridos na área específica. Sobre o fenômeno no direito norte-americano, afirma Tércio Sampaio Ferraz Júnior: "A proliferação das agências nos Estados Unidos encontra uma de suas explicações na alta complexidade da atividade administrativa, impossível de ser dominada por saberes genéricos e formais. Daí a idéia de *especialização* em áreas de atuação demarcadas, nas quais o conhecimento *técnico* exige uma formação especial."[11]

Com efeito, presencia-se, nestes tempos, uma nítida tensão que se traduz na dicotomia **"centralização x descentralização"** do direito da concorrência, ou seja, de um lado, a tendência de *setorização do direito antitruste* e, de outro, a necessidade de que haja *unidade na política concorrencial*. Em termos práticos, ***o que está em jogo é a aplicação cabal da Lei 8.884/94 à economia como um todo ou a pulverização da defesa da concorrência em setores específicos do mercado***.

Esta dicotomia deverá se acirrar nos próximos tempos, devido ao crescente processo de desenvolvimento técnico de setores específicos da economia e ao surgimento de uma regulação de nova índole.[12] Luciano Parejo Alfonso, define este momento como "la crisis de 'adaptación' (en lo orgánico y en lo funcional) del Estado a la evolución económico-social y las consecuentes nuevas necesidades de 'dirección', 'organización' y ' regulación' que de ella resultan para el cumplimiento eficaz de la función de integración que a dicho Estado corresponde".[13]

Há, por outro lado, um grande risco na *tendência* de segmentação do direito antitruste, uma vez que os setores regulados se entrecruzam e estão como que conectados aos demais setores da economia.[14] A *convergência tecnológica*

---

[11] Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, "*Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade*", Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, ano 8, n º 35, novembro-dezembro de 2000, p. 144.

[12] Para Vital MOREIRA, "A desregulação gerou uma re-regulação de diferente natureza". *A Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 43. Pedro DUTRA, por sua vez afirma que, "nos Estado Unidos discute-se hoje o excesso de regulação promovida por alguns órgãos ao disciplinarem a prestação de serviços de natureza pública, *mas não o poder de regular de tais órgãos*". "*Órgãos Reguladores Futuro e Passado*", Revista de Direito Econômico, Brasília, 24, julho/dezembro de 1996, p. 62.

[13] Luciano Parejo ALFONSO, "*La Potestad Normativa de las Llamadas Administraciones Independientes: Apuntes para un Estudio del Fenomeno*", in *Administración Instrumental*, Alfonso Perez MORENO (Org.), Madrid, Civitas, 1994, p. 636.

[14] Bolívar Moura ROCHA, em um dos primeiros estudos sobre a questão, já prenunciava o "riso de fragmentação e desvirtuamento da política da concorrência no País". "*Articulação entre*

entre os serviços tem promovido integração jamais vista entre atividades antes completamente distintas.[15] Além disto, uma especialização exacerbada poderia aumentar os riscos da *captura* da agência reguladora.[16]

Gesner de Oliveira alerta para os riscos deste processo: "a experiência internacional e a literatura sugerem que a existência de uma ***agência central*** preocupada com a obediência das regras da concorrência é mais eficaz do que a fragmentação em vários órgão setoriais. A consideração desses elementos se reveste de importância em um momento no qual o governo cogita rever a legislação de defesa da concorrência. Se a missão de zelar pela competição for fatiada entre os vários setores da economia, o Brasil estará na contramão das tendências regulatórias do século 21."[17]

O crescimento da nova regulação para além da esfera dos serviços públicos desestatizados[18], demonstrando autêntico *reposicionamento do Estado* face à economia, demanda uma nova postura do CADE diante deste fenômeno.[19] A questão não é a de simplesmente articular competências entre as agências e o CADE, que de resto constitui apenas o primeiro passo neste processo, mas de inserção do Conselho na nova configuração regulatória do Estado.

O fato de que a maioria dos setores regulados é dotada de imperfeições estruturais se, por um lado, legitima a própria regulação, por outro, não pode afastar a aplicação do antitruste. Este é que precisa ser aperfeiçoado com o aprimoramento das técnicas de defesa da concorrência. É importante realçar que o princípio da concorrência é uno e deriva de expressa previsão constitucional (art. 170 c/c o art. 173, § 4º.). Como demonstra Calixto Salomão Filho, "todos os

---

Regulação de Infra-Estrutura e Defesa da Concorrência", Revista do Ibrac, São Paulo, vol. 5, n º 7, 1998, p. 47.

[15] "*Regime Especial para os Bancos*?", Gazeta Mercantil, São Paulo, 08 de maio de 2001, Opinião Econômica.

[16] Para Floriano de AZEVEDO MARQUES, a *captura* pode ser definida como a "possibilidade de mitigação da imparcialidade do agente regulador em função da influência nas suas decisões exercida pelos agentes de mercado, pelos consumidores ou pela política circunstancial de governo. Não se trata de prática de atos (clara e diretamente) coibidos pela legislação, como corrupção, prevaricação ou concussão. Na verdade, são muito sutis os desvios da regulação em favor de um ou outro interesse, de maneira que se torna um tanto nebulosa a percepção da quebra da imparcialidade ou da independência do ente administrativo". *A Nova Regulação dos Serviços Públicos*, mimeo, p. 25.

[17] "*Regime Especial para os Bancos*?", Gazeta Mercantil, São Paulo, 08 de maio de 2001, Opinião Econômica. Destacou-se.

[18] Para Vital MOREIRA, a re-regulação é "observável sobretudo no caso dos sectores de prestação de serviços públicos (*public utilities*), mas não só." *A Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, ob. cit., pp. 43-44. No mesmo sentido, consultar Floriano de AZEVEDO MARQUES, que ressalta "o engrandecimento e a reestruturação da regulação estatal sobre setores como a saúde suplementar, vigilância sanitária, uso e exploração de recursos hídricos, transportes, entre outros". *A Nova Regulação dos Serviços Públicos*, mimeo, p. 4.

[19] Neste sentido, Gesner de OLIVEIRA, considera que "a transferência da propriedade pública para a privada é menos importante do que a radical mudança no modelo regulatório que vem ocorrendo na maioria dos países maduros. Tal processo, que parece ainda mais complexo em um país como o Brasil, com escassa tradição e quadros técnicos na área transcende o escopo deste livro.". *Concorrência - Panorama no Brasil e no Mundo*, ob. cit., p. 37.

setores cuja regulação tem um fundamento concorrencial mínimo não escapam ao controle concorrencial. Ocorre que a aplicação dos princípios concorrenciais constitucionais e da própria lei concorrencial é diversa tratando-se de setores regulados. Isso é decorrência do caráter mais interventivo exigido do direito antitruste em mercados mais concentrados".[20]

Neste contexto, deve ser ressaltada a importância do direito concorrencial tendo em vista também a "nova liberalização" prestes a ser implementada em alguns dos setores regulados. Os conflitos concorrenciais devem-se acirrar, e, em razão disto, reclamar uma postura cada vez mais ativa do órgão da concorrência.[21]

A sistematização de algumas destas novas técnicas a partir do ***pressuposto básico de articulação de competências*** entre as agências reguladoras e os órgãos do antitruste é o objetivo precípuo deste trabalho.

3. ARTICULAÇÃO DE COMPETÊNCIAS CONCORRENCIAIS

A articulação de competências em matéria de controle de estruturas e condutas não resolve por si só a questão do relacionamento entre defesa da concorrência e regulação.[22] Porém, constitui pressuposto básico para a identificação dos limites entre uma e outra esfera, já que, no mínimo, determina o âmbito de atuação das agências reguladoras em matéria de prevenção e repressão das infrações à ordem econômica. Não equaciona, por exemplo, problemas atinentes aos limites das restrições concorrenciais regulamentares ou questões sobre a possibilidade de censura pelo CADE das decisões das agências que sejam contrárias à concorrência. Em suma, não determina as fronteiras entre a matéria de regulação e a de concorrência.

De todas as leis que criaram as Agências Reguladoras Independentes, a Lei Geral de Telecomunicações – Lei 9.472/97 – é a que melhor articula as competências em matéria de adjudicação concorrencial no setor. Atribui à Anatel as tarefas que corresponderiam à SDE e à SEAE no regime da Lei 8.884/94.

---

[20] Calixto SALOMÃO FILHO, *Regulação da Atividade Econômica*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 71.

[21] No setor de telecomunicações, o cumprimento antecipado das metas previstas no Plano Geral de Outorgas pelas atuais prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado aumentará a competição e também os casos de concentração no setor, impondo-se ao CADE fiscalização permanente dos possíveis impactos anticompetitivos das operações.

[22] Para o administrativista Carlos Ari SUNDFELD, o projeto de reestruturação do antitruste, que prevê a criação da Agência da Concorrência, irá acirrar o conflito de competências com as agências reguladoras. Para ele, "está por trás dessa iniciativa um projeto de fortalecimento das estruturas governamentais com competências genéricas para proteção do consumidor e da concorrência. Isso deve aumentar o choque entre tais órgãos e as agências reguladoras específicas, inclusive a Anatel, o que já vem ocorrendo na atualidade. O conflito, se tem seus inconvenientes, deve no entanto ser positivo para o efetivo controle sobre os prestadores de telecomunicações. O problema, que é clássico, vem sendo analisado com destaque no âmbito da chamada teoria da captura." *Regulação - Papel Atual e Tendências Futuras*, mimeo, p. 152.

Aproxima-se, assim, do modelo de competências complementares proposto por Gesner de Oliveira. Nesta configuração, "as atribuições entre as duas autoridades não se sobrepõem. Há nítida divisão de trabalho, segundo a qual a agência regulatória cuida exclusivamente das tarefas de regulação técnica e econômica, enquanto a autoridade de defesa da concorrência aplica a lei antitruste".[23] [24]

A Anatel, no exercício de suas competências em matéria de antitruste, deve analisar os atos de concentração e as condutas sob o prisma da Lei 8.884/94, incorporando na dimensão fática do ato analisado os aspectos regulatórios envolvidos na questão, de forma a embasar eventuais exceções concorrenciais. Com maior razão, o CADE deve considerar os impactos concorrenciais, avaliando as questões setoriais do prisma concreto, sem se subordinar às definições regulatórias.[25]

Já as demais leis não estabelecem de maneira clara quais as competências das agências em matéria de concorrência. Sendo assim, as competências da SDE e SEAE não podem ser consideradas revogadas no que tange aos demais setores regulados. Isto não impede, porém, o auxílio instrutório destas agências reguladoras com relação às operações ocorridas nos setores que regulam, até mesmo em face da proximidade e conhecimento das questões técnicas envolvidas no caso analisado.[26]

É importante salientar que, nestes setores, as concentrações são, via de regra, ***previamente*** *autorizadas pelas Agências*, o que não afasta o *seu* ***controle posterior*** *pelo CADE*. **A primeira aprovação ocorre com base no arcabouço regulatório específico do setor, já a segunda é analisada sob o prisma do direito da concorrência**. Ou seja, como se fossem dois "guichês" distintos. *A contrario sensu*, concentrações não autorizadas pelas Agências não chegam ao CADE, uma vez que não são concretizadas no âmbito dos fatos, não ensejando a incidência do artigo 54 da Lei 8.884/94. Dizendo de outro modo, não possibilitam o controle *ex post* na esfera antitruste, porquanto previamente vedadas.

Já no caso do controle comportamental, condutas censuradas no âmbito setorial podem não ensejar a reprimenda na esfera concorrencial e vice-versa. Recentemente, o Conselheiro Celso Campilongo, ao tratar de questão atinente ao conflito de competências entre CADE e BACEN, firmou o entendimento de que

---

[23] *Concorrência - Panorama no Brasil e no Mundo*, ob. cit., p. 66.

[24] No direito espanhol, predomina o modelo de competências complementares. Para Santiago Muños MACHADO, "cuando las comisiones independientes aprecien infracciones a las reglas de la competencia, podrán, según les permita su legislación reguladora, denunciar estas situaciones a los órganos competentes en materia de defensa de la competencia (Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia), o incluso instruir los expedientes correspondientes para elevar, ulteriormente, lo actuado al Tribunal de Defensa de la Competencia a efectos que le adopte la decisión final". *Servicio Público y Mercado*, v. 1, Madrid, Civitas, 1998, p.209.

[25] Consultar a respeito deste tema, Pedro Aurélio de Queiroz PEREIRA DA SILVA, "*As Telecomunicações e o Desafio da Concorrência*", Gazeta Mercantil, São Paulo, agosto de 2001, Legal e Jurisprudência, p.2.

[26] Esta constatação vale também para o Banco Central cujo figurino em muito se aproxima ao de uma agência reguladora.

"um comportamento de determinada instituição financeira, censurado pelas normas prudenciais, pode ou não também ser contrário às regras de concorrência da Lei nº 8.884/94. *A punição na esfera setorial não afasta a verificação de sua licitude no âmbito do antitruste.*" [27]

Mais adiante em sua decisão, com a sabedoria que lhe é peculiar, esclareceu o Conselheiro: "não há, neste fato, novidade alguma, já que comportamentos ilícitos em outras searas são também analisados pelo CADE. Basta citar os casos, também apreciáveis pelo CADE, de combinação de preços ou ajuste de vantagens em concorrências públicas, de uso abusivo de direitos de propriedade industrial ou intelectual, dos ilícitos setoriais (telecomunicações, energia elétrica, etc) e dos crimes contra ordem econômica reprimidos pela Lei nº 8.137/90."[28]

Ainda conforme referida decisão, a repressão aos comportamentos ilícitos no âmbito setorial decorre de um controle *per se*, ou seja, a conduta já está previamente tipificada, não ensejando análise de eficiências ou a possibilidade de não aplicação da sanção pelo uso de alguma espécie de válvula de escape. Diferentemente, portanto, do controle de condutas efetuado pelo CADE. Para o Conselheiro, "a coibição de abusos a que se refere o artigo em questão deve ser lida como tarefa de repressão das posturas das instituições financeiras contrárias ao arcabouço regulatório edificado pelo próprio BACEN. É dizer, esta autarquia cria, por meio de normas gerais e abstratas, as condições de concorrência no setor, tendo em vista os aspectos prudenciais, censurando aqueles comportamentos contrários às regras já estabelecidas. *Trata-se, portanto, de um nítido controle per se – recorrente em setores regulamentados*."[29]

Assim também no setor de telecomunicações, a Anatel, ao estabelecer os limites de participação societária cruzada entre as prestadoras por meio da Resolução 101/99 (editada com base na Resolução 15 do CADE), fixou regras que veiculam condições prévias de concorrência. A infração desta norma possibilita a repressão imediata pela Agência, visto que a proibição já está previamente tipificada. Esta punição não pressupõe, mas também não afasta o controle *a posteriori* do CADE.

É compreensível, entretanto, que as condutas advindas dos agentes econômicos dos setores regulados não possuam o mesmo âmbito punitivo das condutas dos demais agentes econômicos, já que a liberdade de ação dos primeiros é limitada pela regulação. Isto não significa que, como já se ressaltou, o controle do CADE possa ser afastado.

Como sustentou o ex-conselheiro Marcelo Calliari em processo administrativo envolvendo o setor de transportes de passageiros e carga de Minas

---

[27] Ato de Concentração n.º 08012.006762/2000-09. Destacou-se.

[28] Ato de Concentração n.º 08012.006762/2000-09. Paula Forgioni cita o exemplo do suborno de um dirigente de empresa concorrente como uma caso de conduta que pode ser duplamente apenada, tanto pela Lei 9.279/96, como também pela Lei da Concorrência. Ob. cit., 247.

[29] Ato de Concentração n.º 08012.006762/2000-09. Destacou-se.

Gerais, "mesmo dentro de um regime regulatório adequadamente instituído e aplicado, é possível que empresas, naquelas condutas não reguladas, pratiquem infrações à concorrência. Seria o caso, por exemplo, de empresas sujeitas a um regime de tarifas máximas que decidem, em cartel, fixar todas o mesmo preço para seus produtos, reduzindo o nível de bem estar dos consumidores. Da mesma forma, quando o arcabouço regulatório dá às empresas uma margem de opção quanto à sua atuação, é possível que uma ou mais dessas opções, permitidas mas não impostas pela regulação configurem num caso concreto infrações à ordem econômica, não se encontrando aqui fora do alcance dos órgãos de defesa da concorrência. Há também a possibilidade de que uma empresa regulada aja de forma contrária à regulação, violando não apenas esta como também o direito da concorrência. Neste caso, aplicar-se-iam as normas e eventualmente punições previstas em ambos sistemas normativos. Essa interrelação entre a regulação e a concorrência pode vir expressa, como ocorre, por exemplo, na Lei nº 9.472/97, que criou a Anatel, ou não, mas sempre existe, de forma a assegurar que tais mercados operem de acordo com os princípios informadores da Ordem Econômica previstos na Constituição."[30]

4. A DELIMITAÇÃO DO MERCADO RELEVANTE NOS SETORES REGULADOS

Ao contrário do que ocorre nos demais setores da economia, a definição do mercado relevante em setores regulados deve levar em consideração, além dos aspectos normalmente contemplados, a dimensão regulamentar dos serviços.

Isto não significa, porém, que as normas editadas pelas Agências pautem a delimitação do mercado pelo CADE, mas servem, na verdade, como *referencial* para a inclusão de um ou outro serviço em dado mercado relevante.

Com efeito, o aplicador do direito da concorrência deve utilizar as definições normativas das agências setoriais como um *dado*, sem, no entanto, restringir-se ao substrato regulamentar que classifica os serviços.

Como se sabe, a delimitação de um mercado relevante para efeitos concorrenciais tem como fundamento características concretas, inexistindo uma conceituação abstrata do que venha a ser tal mercado, já que é construído com base em aspectos peculiares extraídos do caso em análise. Desta forma, o CADE deve contemplar a possibilidade de substituição entre serviços cujos regimes normativos sejam diversos, incluindo-os em um mesmo mercado relevante. Assim, por exemplo, a consideração de que a comunicação por meio de voz via Internet a cabo possa ser considerada um dos substitutos da modalidade de serviço de longa distância nacional demonstra o quão amplo pode ser a definição do mercado.

De outro lado, existem serviços que, apesar de possuírem a mesma base tecnológica, não são substitutos uns dos outros, devido, exatamente, à diferença

[30] Processo Administrativo nº 08000.002605/97-52.

de regimes jurídicos entre eles. Aqui tomamos mais uma vez o exemplo das telecomunicações, em que serviços de rede corporativa, apesar de cumprirem a mesma função que corresponderia ao Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) em uma determinada área restrita, não podem hoje ser estendidos para o público em geral. Em um cenário futuro, porém, a possibilidade de que tais prestadores adquiram autorizações para prestar o STFC poderá levar à absorção do primitivo serviço.

Com efeito, a análise do mercado relevante e das barreiras à entrada deve ser ***prospectiva***,[31] de forma a considerar o dinamismo tecnológico dos setores. Podem ocorrer rápidas transformações nas características dos serviços, acarretando novas configurações mercadológicas: redução de barreiras à entrada, diversificação de produtos, melhoras na qualidade dos serviços e alterações no nível de satisfação dos consumidores.

Para se ter uma idéia da importância desta análise *prospectiva*, basta lembrar o fato de que os serviços de telecomunicações eram tidos como unos e indivisíveis – o que corroborava para a consideração de que era impossível a introdução de competição. Sobre o fenômeno no direito norte-americano são esclarecedoras as palavras de Tomas de La Quadra-Salcedo, "En los países de *public utilities* también existía esa visión global de los servicios. La situación de monopolio de hecho, que no legal, de *AT & T* se justificaba precisamente porque ***se entendía en buena medida que el servicio que prestaba constituía un todo***; y no era posible permitir competencia en determinados puntos concretos del territorio, sin comprometer todo el equilibrio tarifario que tenía en cuenta las políticas globales de compensación de unas prestaciones con otras, que se autorizaban por la FCC y que podían quedar alteradas por una política de competencia en determinadas áreas o partes del territorio o en determinados servicios, sin asumir la visión global de las necesidades a las que se quería dar satisfacción."[32]

Salcedo demonstra, então, que esta idéia é colocada em xeque pela própria evolução tecnológica, especialmente, com o fenômeno da "partenogênese" , ou seja, "creación de servicios a partir de la división del servicio

[31] No ato de concentração envolvendo a aquisição do controle acionário da Telesp pela Tele Brasil Sul Participações S.A., o Conselheiro Marcelo Calliari considerou, para sua aprovação, especialmente as barreiras regulamentares e o fato de que se estava iniciando o processo de introdução da competição no setor de telecomunicações. Para o ex-Conselheiro, "a transferência do controle acionário das mãos de um monopolista geral para um novo proprietário integra o primeiro passo, essencial, num processo mais amplo que acena para uma estrutura de mercado progressivamente mais competitiva". No caso, o voto do Conselheiro Marcelo Calliari sublinhou uma passagem do parecer da Procuradoria Geral do CADE que sugere a crescente possibilidade de que sejam examinadas as operações no mercado de telecomunicações de forma mais restritiva pelo órgão de defesa da concorrência. Segundo o parecer, a concentração em questão "*deve ser analisada como uma etapa inicial, que não esgota o controle dos órgãos na tutela dos direitos da coletividade*". Destacou-se.

[32] Tomas de La Quadra-SALCEDO, "*Telecomunicaciones e Derecho Publico*", *Derecho de las Telecomunicaciones*, Javier Cremades (Coord..), La Ley-Actualidade, pp.138-139. Destacou-se.

preexistente como una unidad en servicios que van segregándose del servicio principal para constituir uno nuevo."[33]

5. O EQUILÍBRIO ENTRE AS FINALIDADES REGULATÓRIAS E CONCORRENCIAIS

Nos setores regulados, outras finalidades concorrem com a noção de concorrência. A maioria dos serviços não comporta concorrência plena e, além disto, objetivos de interesse público, tais como universalização e continuidade da prestação, nem sempre são convergentes com os princípios que norteiam o antitruste.

Sendo assim, o CADE deve relativizar a aplicação do direito da concorrência nestes setores, sopesando, concretamente, os valores da esfera setorial com os princípios da ordem econômica. Por tal razão é que deve ser desenvolvida a idéia de ***concorrência possível***. É dizer, o antitruste é aplicável na medida em que não comprometa referidas finalidades regulatórias. Negar a possibilidade desta análise pelo CADE significa retirar efetividade do direito antitruste em setores relevantes da economia.

Esta questão aparece presente no caso da desestatização dos serviços de distribuição de gás canalizado recentemente analisada pelo CADE. Como observa Floriano de Azevedo Marques, em setores como este "a regulação econômica não pode se pautar apenas pelo prisma da competição. Os interesses da sociedade (os móveis da regulação estatal) enredados nessa atividade não são exclusivamente traduzidos por critérios de eficiência econômica tais como redução de custos e livre opção pelos usuários. Há toda uma gama de interesses de universalização e de perenidade na fruição destes serviços (porquanto se considere ser relevante para a coletividade que, como meta, todos os indivíduos possam se servir dessa utilidade) que justificam a preterição, ao menos transitória, de um regime de competição plena o qual tende a beneficiar sempre a parcela dos consumidores efetivos, em detrimento dos consumidores potenciais do serviço".[34]

No recente ***caso Finasa*** já mencionado, o Conselheiro Celso Campilongo considerou que aspectos peculiares do setor financeiro devem ser necessariamente sopesados pelo CADE quando da aplicação do direito da concorrência, abrindo-se 'válvulas de escape' por meio da regra da razão. Em setores regulados, "o valor concorrência não tem aplicação tão mecânica como em setores 'normais' da economia".[35] Reconhece, então, o Conselheiro que não tem lugar a aplicação "fria" do direito antitruste quando finalidades setoriais

---

[33] Idem, p. 139.

[34] Floriano de AZEVEDO MARQUES "*Universalização de Serviços Públicos e Competição: o Caso do Gás Natural*", Revista do Ibrac, São Paulo, volume 8, n º 4 de 2001, p. 101.

[35] Ato de Concentração n.º 08012.006762/2000-09.

estiverem em jogo. **A adjudicação da concorrência não pode comprometer tais metas setoriais, mas aperfeiçoá-las.**

A decisão de lavra do mesmo Conselheiro, só que agora no ***caso Comgás*****,** condena, entretanto, a exacerbação de metas regulatórias em detrimento da concorrência. Para o Conselheiro: "no processo de desestatização – mesmo reconhecendo que o ritmo, a profundidade e a abrangência do processo sejam atribuições, notadamente em setores regulados, como é o caso do gás, do Poder Político – é preciso que a passagem de um modelo estatista e centralizado para um modelo competitivo e descentralizado *não seja obstada por mecanismos que promovam uma mudança 'gattopardesco'*, como ressalta a literatura italiana: 'tudo deve mudar, a fim de que tudo continue igual".[36]

De qualquer modo, **o princípio da livre concorrência deve ser a regra**, de sorte que as restrições regulatórias constituem exceções. Esta constatação requer, porém, a superação, no âmbito do direito administrativo, de alguns dogmas imanentes à teoria clássica de serviço público. A tese mais adequada, neste passo, parece ser a defendida por Eros Roberto Grau, segundo a qual o serviço público é espécie de atividade econômica em sentido amplo.[37] Uma tal consideração legitima a aplicação dos princípios da ordem econômica a estes serviços. Não se está aqui a advogar que as finalidades que sempre presidiram a noção de serviço público devam ser abandonadas, mas, justamente, que o seu alcance depende da idéia global de defesa da *concorrência possível* nestes setores.

Em sentido contrário, Carlos Ari Sundfeld entende que "a Constituição Nacional ao reservar certos campos econômicos para o Estado, exclui o dever de observância, em relação a eles, de ao menos dois princípios gerais da ordem econômica, previstos no art. 170: os da *livre iniciativa* (correlato do direito individual de empreender livremente) e da *livre concorrência* (direito à calibragem do poder econômico)".[38] Para este jurista, o Estado, titular do serviço, possui total liberdade para proceder à configuração mercadológica do setor, sem, portanto, submeter-se à livre concorrência.

O direito europeu orienta-se, exatamente, pelo reconhecimento da livre concorrência como princípio geral, cujas limitações decorrem de casos excepcionais como nas referidas finalidades regulatórias acima citadas. Para os juristas portugueses Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira, "a questão de desoneração do Estado na esfera econômica e nos serviços públicos é em grande parte resultante da nova articulação entre o serviço público e a economia de mercado. Mais do que um compartimento distinto, como tradicionalmente sucedia, os serviços públicos de hoje tendem a ser submetidos também à lógica de mercado, da empresa privada e da concorrência, somente com a excepção dos 'monopólios´ naturais e com as limitações derivadas das exigências

---

[36] Ato de Concentração n º 080012.004550/99-11. Destacou-se.

[37] Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros, 5ª ed., 2000, pág. 133.

[38] Carlos Ari SUNDFELD, *O CADE e a Competição nos Serviços Públicos*, mimeo, p. 1.

incontornáveis do serviço público, nomeadamente a acessibilidade econômica, a universalidade, a igualdade, a continuidade".[39]

Com efeito, o Tratado de Roma (com as posteriores alterações) prevê, exatamente, a *livre concorrência* como o princípio a ser seguido pelos países da União Européia. O artigo 86, 2º. (antigo art. 90, 2º.) permite, contudo, a não aplicação cabal das regras de concorrência aos serviços de interesse geral quando isto possa comprometer as finalidades de interesse público que lhe foram confiadas. A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia vem confirmando esta equação, o que, se por um lado, ***reforça a incidência do direito da concorrência nos setores regulados***, por outro, ***mantém viva a noção material de serviço público*** concernente à realização dos interesses sociais.[40]

A Comissão Européia tem exigido que as medidas de restrição à concorrência sejam suficientes à consecução das missões a que correspondem. Dizendo de outro modo, deve haver ***proporcionalidade*** entre o sacrifício que leva à aplicação restrita do antitruste e a finalidade almejada.[41]

Com efeito, a noção de *proporcionalidade* contribui para a verificação dos limites das exceções concorrenciais eventualmente impostas pelas agências reguladoras brasileiras, tanto nos casos dos serviços prestados em regime público como no regime privado. O *princípio da proporcionalidade*, na abordagem dispensada pela moderna doutrina constitucionalista, funda-se em três pressupostos: a *adequação*, a *necessidade* ou *exigibilidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*.[42]

A *adequação* indica que a medida deve ser, realmente, eficaz ou apta ao alcance da finalidade a que se destina. Já a *necessidade* requer seja tal medida a **menos impactante** ou **menos gravosa** dentre aquelas aptas à consecução da finalidade. E a *proporcionalidade em sentido estrito* consubstancia-se no nexo relacional existente entre a medida e o fim buscado (justa medida), de forma que o meio utilizado não pode ser aceito se extremamente excessivo, apesar de preencher os requisitos de adequação e necessidade. Uma vez preenchidos estes pressupostos, as restrições regulatórias à concorrência devem ser consideradas legítimas.

---

[39] Maria Manuel Leitão MARQUES e Vital MOREIRA *Desintervenção do Estado, Privatização e Regulação dos Serviços Públicos*, 1999, p. 21. Online. Disponível na Internet: http://www.fd.pt

[40] Maria Manuel Leitão MARQUES, cita os famosos casos, envolvendo serviços de Correio (*Corbeau*) e outro sobre a distribuição de eletricidade (*Communne d´Almelo*) em que o "Tribunal permitiu que uma atividade rentável fosse mantida em exclusividade com o fundamento de que era indispensável para que a empresa dela encarregada pudesse cumprir a missão de interesse geral de que estava incumbida". *Constituição Econômica e Integração*, 1998, p. 18. Online. Disponível na Internet: http://www.fd.pt

[41] Santiago Muños MACHADO, *Servicio Público y Mercado*, ob. cit., p.227.

[42] Consultar, especialmente, a obra de Willis Santiago GUERRA FILHO, *Teoria Processual da Constituição*, Celso Bastos Editor, 2000.

No caso específico dos serviços regulados prestados em *regime privado*, ou seja, nos quais não se fazem presentes obrigações "rígidas" como universalização e continuidade, o controle das medidas de restrição à concorrência deve ser ainda mais intenso. Acresce-se, neste âmbito, ao critério da proporcionalidade, o *princípio da mínima intervenção estatal na vida privada*, acolhido, v. g., pela Lei Geral de Telecomunicações (art. 128).[43] As medidas restritivas só se justificam por motivo de carências tecnológicas – como limitação de recursos hídricos para exploração hidrelétrica ou ausência de espectro de radiofreqüência suficiente para a prestação de serviço de telecomunicações, bem como em face de questões ambientais, ou ainda, quando o excesso de competidores possa comprometer a própria prestação do serviço em questão.

Neste cenário, a dúvida que ainda persiste é concernente à possibilidade de o CADE censurar os atos das agências reguladoras que, por não obedecerem a critérios de proporcionalidade e de mínima intervenção, sejam, portanto sem razão, contrários à concorrência.

6. A ANÁLISE DE ATOS REGULATÓRIOS PELO CADE E OUTROS MECANISMOS DE ATUAÇÃO NOS SETORES REGULADOS

O tema da possibilidade de censura, pelo CADE, dos atos regulatórios contrários à concorrência envolve, primeiramente, a questão da aplicabilidade da Lei 8.884/94 às autoridades públicas.[44]

Já em 1968, Alberto Venancio Filho registrava, a respeito do alcance da lei antitruste vigente à época (Lei 4.137/62), que "o âmbito de aplicação da Lei, no caso brasileiro, é o mais amplo possível, abrangendo, mesmo, o setor público"[45]. Com o fortalecimento da concorrência e o advento da Lei 8.884/94, seria, no mínimo, um retrocesso considerar que o raio de abrangência da Lei limita-se à esfera privada – como alguma doutrina sustenta.[46]

Os princípios da ordem econômica, presentes no artigo 170 da Constituição, alcançam todos os setores da economia e têm como destinatários tanto agentes privados como os agentes públicos. Não por outra razão, a própria

---

[43] Sobre o princípio da mínima intervenção, consultar Carlos Ari SUNDFELD, *Direito Administrativo Ordenador*, 1ª.ed., 2ª. tiragem, São Paulo, Malheiros, 1997, pp. 69-72.

[44] Vale aqui transcrever a indagação de Ana Maria Nusdeo: "caso o CADE no exercício de suas funções de repressão ás práticas anticoncorrenciais e de controle de atos de concentração, entendesse, diante de situações concretas, que as normas emitidas pelas agências reguladoras, no âmbito de sua prerrogativa de definição da estrutura dos mercados privatizados em abstrato ou de regulação de interconexões e uso de infra-estrutura alheia pelos prestadores de serviços, são prejudiciais à concorrência, poderia censurá-las?". "*A Regulação e o Direito da Concorrência*", *Direito Administrativo Econômico*, Carlos Ari Sundfeld (coordenador), Malheiros, São Paulo, 2000, pág. 184.

[45] Alberto VENANCIO FILHO, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 1968, p. 298.

[46] Fabio Ulhôa COELHO, *Direito Antitruste Brasileiro – Comentário à Lei Antitruste*, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 41.

Lei 8.884/94, em seu artigo 15, estabelece que seu texto é aplicável a todas as pessoas físicas e jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoais, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica.

De mais a mais, os artigos 20 e 54 da Lei da Concorrência que tratam, respectivamente, da competência repressiva e preventiva do CADE, são genéricos e não fazem distinção quanto a situações advindas de um ou outro setor da economia ("*os atos, sob qualquer forma manifestados*"), o que confirma que albergam a economia como um todo.

Considerando-se, por conseqüência, a Lei da Concorrência aplicável às agências reguladoras, é preciso saber como o CADE se relaciona com estes entes no que toca, especificamente, à possibilidade de revisão ou supressão de atos regulatórios. Para Ana Maria Nusdeo, "no Direito Brasileiro não há atribuição de competência à autoridade antitruste para apreciar leis e atos normativos em tese, emitidos por outros entes governamentais, para verificação de sua compatibilidade com a manutenção da livre concorrência". A autora cita o exemplo da Lei Antimonopólio sul-coreana, na qual haveria tal previsão.

Por outro lado, a própria Lei da Concorrência prevê em seu artigo 7º., inc. X, que o CADE poderá requisitar dos agentes públicos as medidas necessárias ao cumprimento da Lei. Este comando, entretanto, tem suscitado distintas interpretações. Para o ex-conselheiro Antonio Fonseca, citado pelo também ex-conselheiro Mércio Felsky no caso da privatização da GEC, "se no exercício constitucional do seu poder regulamentar, uma entidade pública, por atos de estado ou de governo, causa uma infração *lato sensu* à ordem econômica, não é prático nem juridicamente possível que o Plenário do CADE possa ir além de expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da Lei (art. 7º., inc. X), após simples procedimento de apuração ou verificação da infração, ou ainda de qualquer providência administrativa."[47]

Gesner de Oliveira, diferentemente, parece atribuir interpretação mais ampla ao artigo 7º, inc. X, do que a oferecida por Antônio Fonseca, para ele "o papel de fiscal da competição junto ao setor público (que freqüentemente é responsável pela distorção de mercado) ficou enfraquecido na proposta. Atualmente o CADE pode requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal o cumprimento da lei de defesa da concorrência (inciso X, art. 7º. da Lei n º 8,884/94). A nova agência, sempre por intermédio do diretor-geral tão atento às atividades do setor privado, poderia apenas orientar os órgãos da administração pública quanto às medidas necessárias".[48]

É possível identificar na jurisprudência do CADE vários julgados que indicam a possibilidade de que atos contrários à concorrência sejam censurados pelo Conselho. Na já citada decisão no processo administrativo envolvendo transporte de passageiros e de carga de Minas Gerais, o ex-conselheiro Marcelo Calliari afirma que "pode o CADE atuar em questões que envolvam

[47] Ato de Concentração n º 08000.021008/97-91.

[48] *Concorrência*..., ob. cit., p. 205.

regulamentação estatal, devido a expresso dispositivo da Lei 8.884/94". Para tanto, embasa sua argumentação na teoria norte-americana da *state action doctrine*, que, segundo Calixto Salomão Filho, só há isenção antitruste quando a decisão ou regulamentação é tomada em conseqüência de uma política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação.[49]

Outra importante decisão do CADE, neste sentido, foi na Averiguação Preliminar contra o Departamento de Aviação Civil – DAC. [50] Neste caso, entendeu a ex-conselheira Lúcia Helena Salgado que se tratava "de autoridade no exercício constitucional e legal de seu poder regulamentar, podendo o CADE, em situações como esta, e em concordância com o que vem sendo entendido e decidido por este Plenário, expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da Lei caso verifique, na atividade regulatória, uma norma incompatível com os princípios impostos pela concorrência no mercado, posto que é tarefa do CADE identificar os meios para que a concorrência se manifeste, seja qual for a atividade econômica em questão".[51]

O problema é recorrente também, especialmente, no direito comunitário europeu. Neste caso, a questão se resolve com base no **princípio da primazia do direito comunitário sobre o direito dos Estados**. Sendo assim, leis e regulamentos que ensejam situações concretas contrárias à concorrência podem ter seus efeitos suspensos pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Européia.

A questão também é atual na Espanha. Para Santiago Muñoz Machado, "las decisiones del Tribunal de la Competencia en relación con los reglamentos y actos administrativos contrarios al Derecho de la competencia sitúan una nueva instancia de control de la actividad de la Administración que se suma a las tradicionales vías de recurso frente a los actos".[52]

Com efeito, a doutrina espanhola divide-se quanto à possibilidade ou não da revisão, pelo Tribunal de Defesa da Concorrência da Espanha, dos casos em que **leis** engendram circunstâncias anticoncorrenciais. Para José María Baño León, "esto supondría establecer una jerarquía entre las leyes incompatibles con nuestro sistemas de fuentes".[53] O autor critica a tentativa de trazer para o direito interno espanhol as soluções idealizadas para o direito comunitário.[54] Entretanto, o mesmo autor reconhece que, porém, não é tão simples a questão quando se

---

[49] Calixto SALOMÃO FILHO, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, São Paulo, Malheiros, p. 202.

[50] Averiguação Preliminar nº 08000.025952/96-54.

[51] Consultar também a conhecida decisão à consulta sobre a *Guerra Fiscal* de lavra do ex-conselheiro Marcelo Calliari. On line. http://www.cade.gov.br

[52] Santiago Muños MACHADO, *Servicio Público y Mercado*, ob. cit., p. 209.

[53] Jose Maria Baño LEON, *Potestades Administrativas y Garantías de las Empresas em el Derecho Español de la Competencia,* Madrid, 1996, p. 150.

[54] Idem, p. 151.

trate de norma editada com base em **competência regulamentar** – no caso de entes que recebem da lei certo grau de autonomia.[55]

Para Santiago Muñoz Machado, a decisão do Tribunal pode declarar a *nulidade* do ato ou regulamento correspondente, mas também adotar medidas cautelares, *ordens de cessação* da atitude anticompetitiva e, até mesmo, *indicações* sobre o comportamento a ser seguido no futuro.[56] Este autor legitima este controle, exatamente, na constatação de que o Tribunal de Defesa da Concorrência espanhol é um órgão administrativo especializado que fiscaliza a economia como um todo, sendo responsável pela adequação das decisões administrativas à Lei da Concorrência.[57]

Duas situações precisam, assim, ser diferençadas. Primeiro, a hipótese do texto de uma lei qualquer estabelecer determinada situação que gera distorções concorrenciais e, outra, em que o estabelecimento de tais restrições dá-se por meio de regulamentos administrativos – veículos da regulação setorial. Interessa-nos, aqui, a segunda hipótese.

Não admitir a possibilidade de censura, pelo CADE, destes atos infralegais contrários à legislação da concorrência representa atribuir um valor indevido à competência regulamentar das agências. Ora, se as leis setoriais não adotam a isenção antitruste[58], já que reconhecem a competência do CADE, por que não poderia um ato infralegal contrário à Lei 8.884/94 ser suspenso ou de alguma forma censurado pelo Conselho – o qual tem o ***dever*** de aplicar referida Lei?

É até admissível que as agências instrumentalizem poderes normativos, atribuídos por lei, para o alcance das finalidades almejadas. Mas, reconhecer que o exercício de poder regulamentar seja exercido ao arrepio da Lei de Defesa da Concorrência significa legitimar a derrogação tácita deste diploma – o que representa uma teratologia com base no ordenamento jurídico pátrio.[59]

Assim, parece bastante razoável que, utilizando-se critérios de *proporcionalidade* e de *intervenção mínima na vida privada*, o CADE use os meios necessários para repreender a prática de tais atos. Entretanto, esta atuação do CADE deve ser muito ponderada, não sendo admissível interpretar o arcabouço normativo setorial de maneira a provocar distorções e arbitrariedades. [60]

---

[55] Idem, p. 150.

[56] Santiago Muños MACHADO, *Servicio Público y Mercado*, ob. cit., pp. 209-210.

[57] Santiago Muños MACHADO, *Servicio Público y Mercado*, ob. cit., pp. 209-210.

[58] As teorias da *state action doctrine* e da *pervasive doctrine* ressaltadas por Calixto SALOMÃO FILHO pressupõem a previsão legal *a priori* das hipóteses de isenção (substituição da competição da regulamentação) que, se não ocorrem de maneira clara e expressa, devem ser consideradas inexistentes. *Direito Concorrencial...*, ob. cit., p. 205.

[59] Reforça ainda esta tese o fato de que a decisão do CADE não afasta o controle efetuado *ex post* pelo Judiciário, como decorre de norma constitucional (art. 5º., LV, da CF).

[60] Para Celso Campilongo no voto sobre o caso *Directv X Globo*: " em setores de rápido avanço tecnológico, como é o caso das telecomunicações, a exigência de um aparato regulatório prospectivo, veloz e dinâmico – que, entre nós, vêm sendo desenhado pelo modelo das agências

Desta forma, considerando-se que a interpretação do artigo 7º., inc. X, da Lei da Concorrência ainda não é pacífica na doutrina, cabe ao projeto de reforma do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência oferecer tratamento à questão, criando, inclusive diretorias ligadas aos setores de infraestrutura, para acompanhamento constante das medidas adotadas pelas agências reguladoras.[61]

Ao lado do controle administrativo pelo CADE dos atos das agências, outro importante mecanismo de defesa da concorrência constitui-se na possibilidade de contestação judicial de posturas regulatórias que contrariem o direito antitruste. Para Ana Maria Nusdeo, "sendo o CADE uma autarquia, tendo personalidade jurídica própria e sendo estruturado para a realização de atividades determinadas, é possível o seu ingresso em juízo para defender as condições de desempenho das funções a ele atribuídas na lei de sua instituição e na legislação em geral."[62] Tal demanda judicial estaria baseada na atribuição do CADE de zelar pela observância da Lei 8.884/94 (art. 7º, inc. I). Entretanto, o ideal seria, primeiramente, a articulação "pacífica" com o ente setorial, para, só depois, cogitar do acesso ao Judiciário. Esta tarefa depende também de melhor aparelhamento do CADE para que possa acompanhar, permanentemente, os mercados regulados.

Outra importante questão é a de saber se o CADE pode preencher, sob a ótica do direito da concorrência, as lacunas regulamentares eventualmente deixadas pelas agências, ou mesmo, substituir normas omissas ou contraditórias que tragam riscos à ordem concorrencial. A jurisprudência do CADE, sobre esta questão, tem admitido uma ***competência residual*** em matéria de regulação.

Na representação movida por CEBRACAN contra RODONAL, o CADE entendeu que haveria competência residual para a aplicação do Direito da Concorrência quando a regulamentação fosse deficiente. Embora longa, vale citar parte do interessante voto vogal do ex-conselheiro Antônio Fonseca: "institucionalmente o setor de transportes é regulamentado, no entanto o regulamento federal é precário e desatualizado. O órgão regulador do Ministério dos Transportes (Departamento de Transportes Terrestres) não goza de independência de atuação nem tem reputação na regulamentação no regime de livre mercado. Os regulamentos, isto é, alguns decretos sobre o assunto, são anteriores à Constituição de 1988, tempo em que a ordem econômica era marcadamente centralizadora, com forte presença do Estado como agente explorador ou protetor da produção de certos bens ou serviços, considerados relevantes à segurança nacional. A situação é propícia à formação de grupos, com forte poder de influência junto ao Governo, que podem operar das mais variadas formas, incluindo a divisão de mercados, em detrimento de outros agentes. Há, portanto, um problema de regulamentação que gera também uma

---

regulatórias – não pode ficar à mercê, no âmbito da própria Administração, da discricionariedade de terceiros na descoberta de critérios, teleologias ou analogias que o próprio regulador não fez ou, o que é ainda mais grave, expressamente rechaçou." Processo Administrativo nº 53500.000359/99.

[61] Sobre a questão da criação de tais diretorias, consultar Gesner de OLIVEIRA, *Concorrência*..., ob. cit.

[62] *Direito Administrativo Econômico*, ob. cit., p. 185.

questão de concorrência. Diante desse quadro, a jurisprudência atual do CADE é no sentido de que existe uma ***competência residual da agência de concorrência***, sempre que o regulamento é inexistente ou falho e/ou a autoridade fiscalizadora se revela inerte ou relapsa na supervisão e aplicação (enforcement) do regulamento. Isto afasta o motivo do arquivamento ostentado pelo titular da SDE/MJ. A atuação dos órgãos de defesa da concorrência tem um duplo propósito: punir os agentes que eventualmente, se beneficiando do caos regulamentar, se vejam envolvidos em práticas restritivas da concorrência e ***pressionar o órgão regulador para adotar as medidas adequadas a fim de sanar os vícios da regulamentação***".[63]

Sendo assim, diante de regulamentações que podem trazer graves prejuízos à concorrência e, por conseguinte, aos interesses da coletividade, bem como no caso de inexistir regulamentação necessária à realização desta finalidade, tem-se por admissível o preenchimento destas imperfeições pelo CADE – que deverá atuar somente em hipóteses excepcionais e diante de problemas concretos que lhe são trazidos.[64] Aliás, deve ser preservada a competência precípua do CADE de adjudicação da concorrência.[65] O ideal mesmo é atribuir ao Conselho os instrumentos necessários para a melhor operacionalização desta tarefa. Ainda que *amplos* e *genéricos*, estes instrumentos são imprescindíveis para a aplicação do direito da concorrência em mercados regulados. Do contrário, havendo clara e irrestrita atribuição de regulamentação ao CADE, todo sofisticado modelo de regulação setorial estaria posto em jogo. Uma possível nova legislação da concorrência deve, assim, sistematizar e procedimentalizar adequadamente esta competência de *regulamentação* ***residual*.**

Com efeito, vale também destacar como eficaz instrumento de atuação do CADE, nestes setores, a possibilidade de adoção de ***medida cautelar*** para afastar a ocorrência de prejuízo ou dano irreparável à concorrência no setor correspondente (art. 45 da Lei 9.784/99 c/c os arts. 9º, III e IV e 83 da Lei nº 8884/94) . Este mecanismo tem fundamental importância em face da possibilidade de ineficácia da atuação do CADE por meio dos trâmites tradicionais do controle de condutas e das concentrações, já que são setores muito concentrados e que apresentam rápidas mutações mercadológicas e tecnológicas. Trata-se de uma ação **ultra-preventiva**, podendo-se dizer que previne na repressão (condutas) e na prevenção (estruturas).

---

[63] Representação 07/93.

[64] Neste sentido, a já referida decisão do Conselheiro Celso Campilongo no *caso comgás*: "Seria legítimo e até legal, se assim fosse, que, *nos espaços deixados em aberto pelo processo de regulamentação do setor – por delegação legal, incompletude, omissão ou incoerência da opção regulatória – a aplicação da Lei 8.884/94 oferecesse os parâmetros para uma melhor funcionalização da estrutura essencial em questão*". Destacou-se.

[65] Consultar, neste sentido, a votação unanime do CADE sobre o *caso Santander-Patagon*, em que ficou bem demonstrada a distinção entre *regulação*, que se caracteriza em mecanismo prospectivo de produção de regras gerais e abstratas, e a *adjudicação da concorrência* que se trata de julgar atos concretos trazidos por problemas específicos de concentrações e condutas. Ato de Concentração Nº 08012.007435/00-02. Conferir também *caso Finasa* já citado.

O CADE já fez uso da *medida cautelar* no ***caso MCI – Sprint*****,** em que as empresas que apresentaram proposta de fusão tinham participações acionárias nas únicas prestadoras de serviços de telefonia fixa, concorrentes entre si, no país (longa distância nacional inter-regional e longa distância internacional). Para a relatora, ex-conselheira do CADE, Lúcia Helena Salgado, a operação poderia comprometer ***irreversivelmente*** a concorrência, já que possibilitaria aos concorrentes, através de seus controladores, conhecerem mutuamente suas estratégias comerciais. [66]

Outro problema merecedor de redobrada atenção pelo CADE diz respeito ao controle concorrencial dos monopólios naturais[67] sobre bens de acesso, é dizer, sobre "bens cuja utilização depende a possibilidade de poder concorrer naquele mercado"[68].

Esta atuação pressupõe, entretanto, uma postura mais ativa do Conselho, visto que se trata de limitar o direito de propriedade tendo em vista sua função social. Não apenas punir, mas impor também parâmetros pelos quais as relações negociais entre o detentor da *essential facility*[69] e os concorrentes atuais e potenciais devem-se pautar.

Para Calixto Salomão Filho, "***a análise antitruste tradicional não é capaz de dar resposta a tal questão***".[70] Porém é preciso lembrar que sob o prisma constitucional e legal, uma postura mais ativa do CADE, neste caso, não só é possível como obrigatória. A função social da propriedade é princípio constitucional da ordem econômica (art. 170, inc. III), além do que, como determina a própria Lei 8.884/94, a atuação do CADE deve ser orientada por tal princípio (art. 1°, *caput*).

Vale realçar que, de certo modo, as próprias agências cuidam de regulamentar a questão do compartilhamento, existindo inclusive Comissão Conjunta composta pelas Agências Reguladoras (Anatel, ANP e ANEEL) para dirimir conflitos entre prestadoras de setores distintos (Resoluções Conjuntas nº

---

[66] Ato de concentração: 08012.005846/99-12.

[67] Cláudio FURTADO, Arthur BARRIONUEVO (e outros), citando Viscusi, Vernon e Harrington, definem tal situação como aquela em que " 'a produção de um bem ou serviço particular por uma única firma minimiza o custo.' Ou seja, existem retornos crescentes de escala – portanto custos médios totais declinantes – até o ponto em que um preço que iguala o custo médio atende a toda demanda do mercado." *Postes e Dutos - O Monopólio Natural das Infra-estruturas Analisado sob a Ótica do Direito da Conorrência e da Teoria Econômica*, São Paulo, ABTA, 2001, p. 15.

[68] Calixto SALOMÃO FILHO, *Regulação da Atividade Econômica*, ob. cit., p. 60. Destacou-se.

[69] Antonio Fonseca no Ato de Concentração 54/95, sobre a doutrina norte-americana das *essential facilties*, asseverou que "aplicada sensatamente a doutrina deve satisfazer três condições básicas: o acesso à facilidade deve ser realmente essencial e não meramente conveniente ou menos dispendioso: a justificação do monopolista para negar ou restringir o acesso deve ser levada na devida conta; e se o acesso é de rigor, o concorrente tem que arcar com os custo necessários ao acesso, em condições não menos favoráveis.". DUTRA, Pedro, *A Concentração do Poder Econômico*, vol. 2, São Paulo, Renovar, p. 1.426.

[70] Idem, pp. 51-52.

01 e n º 2). Porém, isto não afasta a atuação do CADE, já que conflitos envolvendo compartilhamento trazem repercussões à economia como um todo, influenciando a concorrência em diversas etapas da cadeia produtiva e afetando grande número de consumidores.[71] Como salienta Gesner de Oliveira, "os serviços de energia elétrica e telecomunicações, por exemplo, se valem cada vez mais de redes comuns, ***exigindo coordenação e critérios gerais de respeito à competição, e não regulações específicas***".[72] [73]

7. CONCLUSÃO

Um dos maiores desafios da atualidade do Direito Econômico parece ser a identificação de paradigmas que traduzam, concretamente, a moderna relação do Estado com a economia.

Com efeito, exemplo desta nova dinâmica é a difícil identificação das fronteiras entre regulação e concorrência tratada neste trabalho. Se por um lado, o direito antitruste pressupõe certa margem de liberdade para a sua efetividade, de outro, a moderna regulação ocupa um espaço que não se sabe ainda claramente precisar. Soma-se a esta dificuldade a tendência de convergência tecnológica entre serviços de setores diversos, o que, se, por um lado, torna ainda mais incerta a relação entre regulação e concorrência, demonstra a *necessidade de tratamento global* das *questões regulatórias*.

Por esta razão, o CADE deve ser fortalecido neste processo, uma vez que tem como objetivo tutelar a economia como um todo. No entanto, a Lei 8.884/94, embora tenha representado uma nítida evolução na matéria concorrencial, não foi concebida para enfrentar os problemas aqui referidos, já que anterior às transformações descritas. Verifica-se, neste contexto, nítida insegurança quanto ao sentido e alcance dos dispositivos da Lei com relação aos setores regulados.

Portanto, o grande desafio é o de situar corretamente o CADE neste novo cenário. Para tanto, é imprescindível a atribuição ao Conselho de múltiplos mecanismos de atuação no setor regulado, de modo a promover, também, uma interpenetração saudável entre uma e outra esfera. Entretanto, esta atuação deve-se dar em respeito às demais exigências peculiares do setor, nomeadamente, a universalização e continuidade dos serviços.

Como salientam Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira, sobre a adoção da concorrência como princípio geral, "resta saber se isso basta para

---

[71] Como esclarece Calixto SALOMÃO FILHO, "um contrato de interconexão firmado entre o detentor de uma rede fixa de telecomunicações e aqueles concorrentes que a ela precisam se interconectar influencia a esfera de milhares de consumidores e outros tantos concorrentes existentes e potenciais. Idem, ob. cit., p. 69.

[72] "*Regime Especial para os Bancos*?", Gazeta Mercantil, São Paulo, 08 de maio de 2001, Opinião Econômica.

[73] Esta questão, não há dúvida, demandaria a realização de monografia a parte, porquanto extremamente interessante, mas também densa e complexa.

continuar a garantir aos cidadãos a segurança e o bem-estar social que os serviços públicos tradicionais visaram assegurar e para continuar a justificar a designação de 'Estado social'que constitui a principal característica do Estado na Segunda metade do século XX".[74] (novembro de 2001).

BIBLIOGRAFIA

OCDE, *Mergers In Financial Services*, Capturado em 25 de mar. 2001, Online. Disponível na Internet http://www.ocde.org

SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE REGULAÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR BANCÁRIO, 1999, Brasília, CADE – Publicação Interna. 422p.

AZEVEDO MARQUES, Floriano. "A Nova Regulação dos Serviços Públicos", mimeo.

_____ "Universalização de Serviços Públicos e Competição: o Caso do Gás Natural", Revista do Ibrac, São Paulo, volume 8, n º 4 de 2001.

BARRIONUEVO, Arthur (e outros). "Postes e Dutos - O Monopólio Natural das Infra-estruturas Analisado sob a Ótica do Direito da Concorrência e da Teoria Econômica", São Paulo, ABTA, 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes, "Agência da Concorrência e Agências Reguladoras". O Estado de São Paulo, São Paulo, 01 de jan. 2001, p. A2.

_____ *Direito e Democracia*, 2ª ed., São Paulo, Ed. Max Limonad, 2000.

_____ *O Direito na Sociedade Complexa*, São Paulo, Ed. Max Limonad, 2000.

CHIRILLO, Eduardo J. Rodriguez , "Privatización de La Empresa Publica y Post Privatización", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.

COELHO, Fabio Ulhôa, "Direito Antitruste Brasileiro – Comentário à Lei Antitruste", São Paulo, Saraiva, 1995

CREMADES, Javier (coord..) "Derecho de las Telecomunicaciones", La Ley-Actualidade.

DUTRA, Pedro, "A Concentração do Poder Econômico", vol. 2, São Paulo, Renovar.

_____ "Órgãos Reguladores Futuro e Passado", Revista de Direito Econômico, Brasília, 24, julho/dezembro de 1996, p. 62.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, "Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade", Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, ano 8, n º 35, novembro-dezembro de 2000.

FORGIONI, Paula A., "Os Fundamentos do Antitruste" São Paulo, Editora RT, 1998.

GRAU, Eros Roberto GRAU, "A Ordem Econômica na Constituição de 1988", São Paulo, Malheiros, 5ª ed., 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, "Teoria Processual da Constituição", Celso Bastos Editor, 2000.

[74] Ob. cit., p. 21.

LEON, Jose Maria Baño, "Potestades Administrativas y Garantías de las Empresas em el Derecho Español de la Competencia", Madrid, 1996.

MACHADO, Santiago Muños "Servicio Público y Mercado", v. 1, Madrid, Civitas, 1998.

MARQUES, Maria Manuel Leitão e MOREIRA, Vital. "Desintervenção do Estado, Privatização e Regulação dos Serviços Públicos", 1999. Online. Disponível na Internet: http://www.fd.pt

_____ "Constituição Econômica e Integração", 1998. Online. Disponível na Internet: http://www.fd.pt

MAZZUCATO, Paolo Zupo. "Do Conflito de Competência na Análise de Atos de Concentração no Sistema Financeiro Nacional", Revista do IBRAC, São Paulo, Ed. Singular, v.8, n º 02, maio de 2001.

MORENO, Alfonso Perez (Org.), "Administración Instrumental", Madrid, Civitas, 1994.

MOREIRA, Vital. "A Auto-Regulação Profissional e Administração Pública", Coimbra, Almedina, 1997.

OLIVEIRA, Gesner. "CADE 35 Anos" Brasília, Revista de Direito Econômico, Brasília, CADE – Publicação Interna, n º 26, 1997.

_____ "Concorrência - Panorama no Brasil e no Mundo", São Paulo, Saraiva, 2001.

_____ "Globalização, Abertura e Concorrência", Brasília, Revista de Direito Econômico, Brasília, CADE – Publicação Interna, n º 23, 1996.

_____ "Regime Especial para os Bancos?", Gazeta Mercantil, São Paulo, 08 de maio de 2001, Opinião Econômica.

PEREIRA DA SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz, "Agências Reguladoras e Defesa da Concorrência", *Revista do IBRAC*, São Paulo, Ed. Singular, v.8, n º 02, maio de 2001.

_____ "*As Telecomunicações e o Desafio da Concorrência*", Gazeta Mercantil, São Paulo, agosto de 2001, Legal e Jurisprudência, p.2.

ROCHA, Bolívar Moura "Articulação entre Regulação de Infra-Estrutura e Defesa da Concorrência", Revista do Ibrac, São Paulo, vol. 5, n º 7, 1998, p. 47.

SALOMÃO FILHO, Calixto. "Direito Concorrencial - As Estruturas", São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

_____ "Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)", São Paulo, Malheiros Editores, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). "Direito Administrativo Econômico", São Paulo, Malheiros Editores, 2000.

_____ "Direito Administrativo Ordenador", 1ª.ed., 2ª. tiragem, São Paulo, Malheiros, 1997.

_____ "O CADE e a Competição nos Serviços Públicos", mimeo.

_____ "Regulação - Papel Atual e Tendências Futuras", mimeo.

TESAURO, Giuseppe e D' ALBERTI, Marco (coordenadores), "Regulazione e Concorrenza", Editora Il Mulino, Bologna", 2000.

VENANCIO FILHO, Alberto, “A Intervenção do Estado no Domínio Econômico”, São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 1968.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. Direito da Concorrência e Regulação dos Serviços Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, fevereiro, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível