Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

**Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: análise
do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE**

Tese de doutorado

Orientador: Professor Celso Fernandes Campilongo

**Faculdade de Direito
Universidade de São Paulo
São Paulo, 2012**

Agradecimentos

Esta tese simplesmente não existiria sem a generosidade do Professor Celso Fernandes Campilongo na sua orientação, a quem todas as palavras de agradecimento serão sempre insuficientes.

À Professora Lucia Helena Salgado, agradeço o seu constante estímulo aos estudos na área de defesa da concorrência e, especialmente, suas sugestões de pesquisa documental para este trabalho.

Ao Professor Sergio Guerra, agradeço as oportunidades de convívio acadêmico em torno do direito administrativo, que se traduziram, nas páginas que se seguem, em várias passagens relacionadas à regulação da atividade econômica.

Aos Professores Floriano de Azevedo Marques Neto e Jean Paul Veiga da Rocha agradeço as considerações tecidas ao trabalho durante o exame de qualificação.

Certamente muito deste texto é tributário do convívio profissional e acadêmico com o Professor Alexandre Santos de Aragão, a quem agradeço os inúmeros ensinamentos colhidos ao longo desses anos.

Com a Professora Elena Landau muito aprendi sobre os aspectos econômicos da regulação e o setor de energia elétrica. Obrigada por todos os momentos acadêmicos compartilhados!

O incentivo de Marília Rennó e Carolina Fidalgo foi essencial durante todo o doutorado e a elaboração da tese. Contar com a amizade e a convivência diária de vocês é um privilégio.

Agradeço também a gentileza do Dr. Leo Pedrosa em debater comigo algumas angústias relacionadas ao capítulo V.

A relevância da pesquisa empírica em direito somente surgiu para mim com o ingresso na FGV Direito Rio e no Centro de Pesquisa em Direito e Economia – CPDE. Nas pessoas do Diretor da Escola, Professor Joaquim Falcão, e do Coordenador do CPDE, Antônio José Maristrello Porto, agradeço a todos os professores e alunos pelas oportunidades de pesquisa e debates acadêmicos. À Carolina Vestena, Fabiana Luci de

Oliveira, Fernando Penteado, Paula Spieler, Rachel Guitton, Rafaela Oliveira, Rômulo Sampaio e Sergio Branco agradeço as palavras de incentivo e apoio ao longo do caminho.

Agradeço a todos os professores de quem fui aluna na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, tanto no mestrado como no doutorado. Muitas ideias e bibliografia deste trabalho tiveram origem nos textos indicados e nas discussões travadas em sala de aula.

Também sempre lembrarei com carinho do Programa Especial de Treinamento – PET-Jur, da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, onde dei os primeiros passos na pesquisa acadêmica.

Tia Ângela, obrigada por cuidar de toda a família!

Aos meus pais, Helio e Regina, os meus mais sinceros agradecimentos. Sem vocês eu não teria chegado até aqui.

Ao Carlos, obrigada por tudo, em especial pela sua companhia em todos os momentos.

Sumário

Introdução	7
I. Direito e economia, regulação e concorrência	22
1.1. Liberdade de concorrer e falhas de mercado	22
1.2. Uma breve perspectiva histórica da relação entre direito e economia na regulação dos mercados	25
1.3. O interesse pelo estudo da relação entre direito e economia	28
1.4. O mercado como instituição econômica e jurídica	32
1.5. O papel das normas jurídicas na disciplina dos mercados	38
II. A regulação setorial entre o direito e a economia	43
2.1. Regulação da atividade econômica, grupos de pressão e captura	43
2.2. Regulação, concorrência e monopólios naturais	57
2.3. Competências regulatórias e concorrenciais: aproximações e distinções	59
2.4. Divisão de competências entre autoridades reguladoras e setoriais	63
III. A regulação substitutiva do mercado: isenção na aplicação do direito da concorrência em setores regulados	79
3.1. Considerações iniciais	79
3.2. O tema na jurisprudência norte-americana	80
3.2.1. <i>Pervasive power doctrine</i>	82
3.2.2. <i>State action doctrine</i>	92
3.2.3. <i>Noerr-Pennington doctrine</i>	99
3.3. Isenção antitruste no direito comunitário	102
3.4. A <i>State action doctrine</i> e as decisões do CADE	119
IV. A jurisprudência do CADE em setores de infraestrutura	133
4.1. Os anos 90, a reforma do Estado e o papel do CADE	133

4.2. Regulação e concorrência no processo de desestatização	138
4.3. Desestatização, desverticalização, infraestrutura essencial e concorrência	144
4.4. Existem setores imunes à aplicação da lei concorrencial no direito brasileiro?	150
4.5. Desestatização, licitações e a jurisprudência do CADE sobre atos de concentração	158
4.5.1. A súmula 3 da jurisprudência do CADE	165
4.6. As concessões de serviços públicos e a jurisprudência do CADE	169
4.6.1. Energia elétrica	173
4.6.1.1. Distribuição de energia elétrica	177
4.6.1.2. Transmissão de energia elétrica	180
4.6.2. Transportes	185
4.6.2.1. Concessão de ferrovias	187
4.6.2.2. Portos	192
4.6.2.3. Concessão de rodovias	204
4.6.2.4. Aeroportos (<i>slots</i>)	214
4.6.3. Distribuição de gás canalizado	223
4.6.4. Saneamento	230
4.6.5. Telefonia fixa	234
4.7. Atividades econômicas monopolizadas e a jurisprudência do CADE	249
4.7.1. Transporte de gás natural	250
V. Diagnóstico e proposições para a relação entre regulação e concorrência nos setores de infraestrutura	259
5.1. Diagnóstico	259
5.1.1. Resultados quantitativos	260
5.1.1.1. Análise dos dados quantitativos relativos a atos de concentração	261
5.1.1.2. Análise dos dados quantitativos acerca de condutas anticompetitivas	264

5.1.2. Análise qualitativa das decisões	267
5.1.2.1. Concorrência e monopólio natural	268
5.1.2.2. Relevância do controle estrutural de operações relacionadas a licitações públicas	272
5.1.2.3. Ineficiência do modelo de controle estrutural adotado pela Lei 8.884/94 e pela Súmula 3 do CADE relativamente às concessões	275
5.1.2.4. Aquisições isoladas e aquisições consorciadas	277
5.1.2.5 Limites à atuação repressiva do CADE	282
5.2 Perspectivas	291
5.2.1. Controle de estruturas em operações de desestatização à luz da Lei 12.529/2011	292
5.2.2. Relevância da advocacia da concorrência e a Lei 12.529/2011	302
5.2.3. Análise de impacto regulatório e promoção da concorrência nos setores de infraestrutura	311
5.3 Deve o CADE deferência às decisões regulatórias setoriais?	317
5.4 Resolução de conflitos entre órgãos reguladores e o CADE	324
5.4.1. O papel da Advocacia-Geral da União	325
5.4.2. Solução harmoniosa: os convênios	330
5.4.3. Solução judicial	332
Conclusão	337
Bibliografia	341
Anexo 1	364

Introdução

O objetivo do presente trabalho consiste em discutir a abrangência e os limites de intervenção das autoridades de defesa da concorrência em setores regulados de infraestrutura¹ que apresentam a falha de mercado conhecida como monopólio natural.²

A defesa da concorrência foi historicamente um valor pouco prestigiado no direito pátrio. Especialmente a partir da 2ª metade do século XX, o país optou por um modelo de industrialização atrelado à concentração de capital, o que teve por resultado desigualdades econômicas, sociais e regionais, mantendo substancial parcela da população alijada do acesso a bens e serviços.³ Adicionalmente, práticas protecionistas governamentais e políticas econômicas baseadas em controle de preços⁴ auxiliaram na perpetuação de indústrias nem sempre eficientes.⁵

¹ Os setores que compõem o objeto de investigação da presente tese são reconhecidos, sem maiores divergências, como constituindo setores de infraestrutura. Armando Castelar Pinheiro, em artigo voltado à análise da regulação da infraestrutura nacional, inclui nessa lista telecomunicações, energia elétrica, transportes (rodovias, ferrovias e portos) e saneamento. PINHEIRO, Armando Castelar. Reforma regulatória na infraestrutura brasileira: em que pé estamos? In: SALGADO, Lucia Helena e SEROA DA MOTTA, Ronaldo. *Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer*. Rio de Janeiro: IPEA, 2005, p. 43 e ss. No mesmo sentido, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES inclui como potenciais candidatos às suas linhas de financiamento para infraestrutura projetos nos setores de energia elétrica, logística, telecomunicações, saneamento, petróleo e gás natural. http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Areas_de_Atualizacao/Infraestrutura/. Acesso em dezembro de 2011.

² Richard Posner esclarece que monopólios naturais surgem quando “os custos fixos são muito elevados relativamente à demanda”, de forma que, “se puderem ser diluídos por toda a produção do mercado, uma única firma fornecendo aquele produto pode ter um custo médio de produção menor do que duas firmas igualmente eficientes, cada uma das quais tendo de incorrer nos mesmos custos fixos, mas tendo de diluí-los por apenas metade da produção total”. POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1988, pp. 343 e 344. Igualmente Gaspar Ariño Ortiz e Lucía García-Morato observam que se trata de uma situação em que “uma só empresa pode produzir o *output* desejado a custo menor do que qualquer combinação de duas ou mais empresas”. GARCÍA-MORATO, Lucía Lopez e ORTIZ, Gaspar Ariño. *La competencia en sectores regulados: regulación empresarial y mercado de empresas*. 2ª ed. Granada: Comares, 2003, p. 23.

³ Esse movimento pode ter suas raízes buscadas ainda no modelo de exploração colonial. Sobre a história dos países colonizados na América e na África, bem como as razões para a formação de economias caracterizadas por mercados altamente concentrados, ver SALOMÃO FILHO, Calixto. Monopólio colonial e subdesenvolvimento. In: BENEVIDES, M. e BERCOVICI, G. (coord.) *Direitos humanos, democracia e República – homenagem a Fabio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 159/206.

⁴ Segundo Lucia Helena Salgado, tendo em vista que a estrutura familiar de muitas empresas nacionais fazia com que fossem avessas a processos de abertura de capital ou de fusões e aquisições, um importante instrumento alternativo de política industrial, fortemente adotado pelo Estado brasileiro, consistiu nos “acordos setoriais”, por meio dos quais o governo controlava a margem de lucros de setores da economia em troca da manutenção de barreiras à entrada protetivas dos agentes já instalados. SALGADO, Lucia Helena. *As políticas de concorrência (ou antitruste): um panorama da experiência mundial e sua atualidade para o Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, Texto para discussão n. 264, junho de 1992, pp. 33/34. Comprovando a pouca

Este cenário modifica-se substancialmente na década de 90. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a defesa da concorrência é elevada a princípio fundador Ordem Constitucional Econômica e, a partir de então, a tutela desse direito apresentou um crescimento expressivo, sendo marco dessa modificação a promulgação da Lei 8.884/94.

Paralelamente, observou-se significativa redução do papel do Estado como agente econômico, fruto do Plano Nacional de Desestatização - PND e da reforma administrativa realizada nos anos 90⁶ que, por sua vez, são tributários da constatação de que o Estado precisava retirar-se de setores não-estratégicos da economia para centrar-se naqueles em que sua presença era mandatória, e no fato de que o modelo de desenvolvimento da infraestrutura nacional baseado no amplo projeto de estatização, especialmente entre os anos 60 e 80, havia dado sinais de esgotamento. Não havia mais recursos disponíveis para investimento em tecnologia e na expansão da infraestrutura.⁷

A partir da redução da participação direta do Estado na economia iniciada com o PND, do processo de abertura do país às importações⁸ e do incentivo aos investimentos

efetividade da política de defesa da concorrência até os anos 90, a autora observa que “na sua primeira fase, de 1963 a 1990, o CADE cuidou de 337 procedimentos, dos quais 117 processos foram instaurados, que geraram 16 condenações. Todas foram revistas pelo Judiciário”. SALGADO, Lucia Helena. A defesa da concorrência no Brasil: retrospecto e perspectivas. In: GIAMBIAGI, Fabio; REIS, José Guilherme; URANI, André (orgs.). *Reformas no Brasil: balanço e agenda*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004, p. 362.

⁵ “Muitas empresas brasileiras só surgiram pela forte proteção ora tarifária, ora cambial e, às vezes, por ambas conjuntamente, de tal sorte que qualquer esforço no sentido da industrialização era marcado pelo êxito, se entendermos por êxito a mera viabilização financeira da empresa dentro da realidade brasileira. Pensava-se a essa altura, ingenuamente, que o processo industrial, por si mesmo, iria levando o País em níveis superiores de riqueza e desenvolvimento.” BASTOS, Celso Ribeiro. O Brasil na Encruzilhada. In MARTINS, Ives Gandra (Coordenador). *Desafios do Século XXI*. São Paulo: Pioneira: Academia Internacional de Direito e Economia, 1997, p. 99.

⁶ O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995, do qual fazia parte a criação das agências reguladoras em sede federal, é analisado por Bresser-Pereira, que participou do processo na qualidade de Ministro de Estado, em BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Desenvolvimento e crise no Brasil: história, economia e política de Getúlio Vargas a Lula*. 5ª ed. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 324/331.

⁷ Sobre o processo de deterioração das finanças públicas brasileiras nas décadas de 70 e 80, comentam José Coelho Matos Filho e Carlos Wagner de A. Oliveira: “Alguns fatos explicam essa deterioração das finanças públicas: o crescimento do setor produtivo estatal, a partir de 1973, financiado por empréstimos externos; a concessão de subsídios creditícios ao setor privado, principalmente ao setor rural, na segunda metade da década de 70; a elevação da taxa de juros externa, ao final da década de 70 e nos anos 80; o financiamento dos déficits na balança comercial por meio de endividamento das estatais, a partir de 1979; os reembolsos de recursos depositados no Banco Central, na década de 80, para o pagamento da dívida no exterior; a absorção, pelo Tesouro, das dívidas dos estados e municípios, por ele avalizadas; a desvalorização cambial, como forma de gerar excedentes na balança comercial, em virtude das dificuldades posteriores da entrada de recursos externos na década de 80, entre outros”. MATOS FILHO, José Coelho e OLIVEIRA, Carlos Wagner de A. “O processo de privatização das empresas brasileiras”. Rio de Janeiro: IPEA, Texto de discussão nº 422, p. 11. Disponível em www.ipea.gov.br, consultada em 10.02.2005, p. 7.

⁸ A importância da abertura do país às importações para a dinamização da economia é destacada por SIMONSEN, Mário Henrique. Competir é a saída e não chamar a polícia. In SARMENTO, Carlos Eduardo;

privados na provisão dos serviços públicos, todos esses fenômenos dos anos 90, os órgãos brasileiros de defesa da concorrência ganharam projeção, paralelamente à edição de marcos regulatórios para os setores de infraestrutura que igualmente tiveram na promoção da concorrência um de seus pilares.⁹ Nesse contexto surgiram as agências reguladoras, autarquias em regime especial com amplos poderes de normatização e fiscalização sobre setores específicos da economia, originando-se, a partir de então, alguns questionamentos acerca da relação entre essas entidades e os órgãos de defesa da concorrência.

A nova conformação da Ordem Econômica levou ao crescimento da importância do direito administrativo econômico¹⁰ e, por conseguinte, de estudos acerca da jurisprudência das entidades administrativas. A presente tese, que se centra no estudo das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE envolvendo setores de infraestrutura, enquadra-se nesse contexto.

Delimitação do tema

A pesquisa que será apresentada aborda uma questão institucionalmente relevante e não solucionada no direito pátrio, consistente na discussão sobre como se apresenta a relação entre concorrência e regulação nos setores de infraestrutura, e qual seria melhor forma de organização jurídico-institucional para se tutelar a defesa da concorrência naqueles em que geralmente está presente a falha de mercado conhecida como monopólio natural.

O pressuposto da investigação é que, dada a presença dessa falha de mercado, esses setores da economia costumam ser fortemente regulados pelo Estado, inclusive no que

WERLANG, Sergio Ribeiro da Costa; ALBERTI, Verena (orgs.). *Mario Henrique Simonsen – textos escolhidos*. Rio de Janeiro: FGV, 2002, p. 373.

⁹ SALGADO, Lucia Helena. *A defesa da concorrência no Brasil: retrospecto e perspectivas*, p. 365.

¹⁰ Terminologia utilizada, dentre outros, por Carlos Ari Sundfeld, na obra por ele organizada intitulada *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000 e por ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

tange a variáveis-chave para a existência de um efetivo mercado em concorrência, tais como preço e condições de acesso.¹¹

O objetivo principal do trabalho reside em, a partir da análise da jurisprudência do CADE, verificar se o atual arranjo institucional e de divisão de competências entre as entidades regulatórias e concorrenciais no direito brasileiro mostra-se eficiente para a promoção de políticas públicas voltadas aos setores de infraestrutura e à proteção dos usuários dos serviços que lhes são atrelados.

De uma perspectiva mais ampla, trata-se de tema em que estão presentes elementos de teoria geral do direito – pois será necessário discutir qual(is) a(s) função(ões) do direito na seara econômica¹² – bem como questões de direito econômico, tendo em vista que uma das perguntas que se buscará responder, ao final, relaciona-se a como deve a Administração Pública se organizar para tutelar a concorrência em mercados regulados, e qual o grau de intervenção desejável, por parte da autoridade concorrential, nesses setores, já que essa se somará à incisiva tutela já exercida pela entidade reguladora setorial. Inclui-se igualmente no âmbito das discussões que envolvem a possibilidade de sobreposição de competências na esfera administrativa e, por conseguinte, de criação de normas repetitivas ou mesmo conflituosas, em prejuízo da segurança jurídica e da atração de investimentos para o mercado interno.¹³

¹¹ Conforme constatou o Conselheiro do CADE Vinicius Marques de Carvalho, embora seja fato que a relação entre concorrência e regulação não é exatamente um tema novo”, isso “não significa que tenha perdido importância ou atualidade. Aliás, sua presença nos debates econômicos e jurídicos se, por um lado, é um indício de que ainda há muito por se desvendar sobre os fundamentos e a conveniência de se introduzir concorrência em atividades doravante voltadas à prestação sob regime de exclusividade, por outro, revela um amadurecimento institucional ainda inacabado”. Trecho de voto proferido no ato de concentração 08012.005789/2008-23 / 53500.12477/2008, j. em 20.10.2010.

¹² Nesse sentido, é oportuno lembrar a função promocional do direito defendida por Norberto Bobbio, que vem somar-se à clássica visão do direito como exercendo apenas uma função de controle: “Do ponto de vista funcional, uma vez individualizada a categoria promocional, [o direito] não mais pode ser definido como uma forma de controle social. O conceito de controle é perfeitamente adequado se continuarmos a considerar o direito na sua função tradicional de proteção-repressão. Torna-se, a meu ver, menos adequado se levarmos em conta, igualmente, a função promocional. A função de um ordenamento jurídico não é somente controlar os comportamentos dos indivíduos, o que pode ser obtido por meio da técnica das sanções negativas, mas também direcionar os comportamentos para certos objetivos preestabelecidos. Isso pode ser obtido, preferivelmente, por meio da técnica das sanções positivas e dos incentivos. (...) Podemos dizer que a consideração do direito como ordenamento diretivo parte do pressuposto do homem inerte, passivo, indiferente, o qual deve ser estimulado, provocado, solicitado. Creio, portanto, que hoje seja mais correto definir o direito, do ponto de vista funcional, como forma de controle e de direção social.” BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Barueri: Manole, 2007, p. 79.

¹³ Embora não pareça haver prova definitiva de uma relação direta entre segurança jurídica e atração de investimentos, há certo consenso de que o excesso de insegurança jurídica atrasa o desenvolvimento socioeconômico de um país, dentre outras razões, por dificultar a atração de recursos privados. Conforme

No que tange à limitação do tema, uma vez exposto o arcabouço teórico necessário, o que será feito nos primeiros capítulos, o âmbito da investigação centrar-se-á na análise das questões acima aplicadas à interação entre as autoridades de defesa da concorrência e as ordenações regulatórias setoriais, em especial à luz das decisões CADE.

Como visto, a pesquisa volta-se aos setores econômicos que apresentam em alguma etapa da cadeia produtiva a presença de monopólio natural; assim, não envolve os julgados do CADE relativamente a setores que, embora regulados por uma entidade setorial, não tenham essa espécie de falha de mercado, tais como saúde suplementar, medicamentos, cosméticos, alimentos, saneantes, derivados do tabaco.

Será adotada uma perspectiva empírica, em que a partir da análise dos julgados da entidade de defesa da concorrência se procurará verificar se há uma utilidade efetiva em se submeter os setores regulados à dupla fiscalização – regulatória e concorrencial. Isto é, buscar-se-á concluir se o CADE efetivamente intervém nesses mercados, ou se não há espaço para adjudicação da Lei 8.884/94 por essa entidade, em razão de que as decisões fundamentais de ordenação do setor já foram tomadas na esfera regulatória.

A hipótese da investigação é a busca de confirmação ou refutação quanto a ser mais adequado o posicionamento de que nenhum setor deve estar infenso ao escrutínio das leis antitruste, tanto na esfera preventiva (análise de atos de concentração), quanto na perspectiva repressiva, e que a sua aplicação deve se dar pela autoridade concorrencial (e não pela entidade reguladora setorial). Nesse debate, ganham destaque as discussões

destaca Armando Castelar Pinheiro: “A certeza das relações jurídicas é outro objetivo importante buscado pelo princípio da segurança jurídica. Isso abarca, de um lado, o princípio da ficção do conhecimento obrigatório da lei, que significa que cabe às pessoas conhecer a norma, identificar o que é obrigatório, proibido e permitido, e, com base nesse conhecimento, definir seu comportamento e estruturar suas relações. De outro, que as relações jurídicas baseadas na norma devem ser protegidas pelo e do poder público, ou seja, a expectativa de que, atendo-se à legislação, o indivíduo contará com o apoio do Estado para proteger suas relações jurídicas e dele não sofrerá sanção, prevalecendo o princípio da legalidade (...). A segurança jurídica também objetiva permitir aos indivíduos programar, em bases razoáveis de previsibilidade, suas expectativas em relação às implicações futuras de sua atuação jurídica. No que tange às possibilidades de cunho econômico, em especial, deve a norma dar ao indivíduo a possibilidade de calcular, com alguma previsibilidade, as consequências de suas ações. Isso requer, entre outras coisas, que a norma seja trazida a público clara e tempestivamente”. PINHEIRO, Armando Castelar. *Segurança jurídica, crescimento e exportações*. Texto para discussão n. 1125. Rio de Janeiro: IPEA, 2005, p. 2. O autor, adiante, conclui: “a evidência empírica sugere que países com menor grau de segurança jurídica se afastam mais das melhores práticas de produção e, assim, crescem mais devagar” (*ob.cit.*, p. 9). A partir do contexto internacional, José Eduardo Faria observa que a incerteza jurisdicional é um tema lembrado por organismos multilaterais, ao salientarem que “Estados capazes de estabilizar e garantir expectativas normativas, assegurando o cumprimento dos contratos, protegendo a propriedade privada, estabelecendo regras precisas para sua transferência, resguardando juridicamente os créditos e fixando procedimentos objetivos e rápidos para sua cobrança” têm um papel de alta relevância para construir economias de mercado bem sucedidas. FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 53.

havidas especialmente nos setores de infraestrutura caracterizados como monopólios naturais, pois que, dada a abrangente regulação impositiva (e substitutiva do mercado) desenvolvida pelo Estado, poder-se-ia questionar se alguma competência resta às autoridades concorrenciais.¹⁴

Em mercados caracterizados como monopólio natural, a duplicação da infraestrutura, que seria, em princípio, necessária à introdução de competição, mostra-se economicamente ineficiente. Por outro lado, ensina a teoria econômica que o monopolista, como agente econômico racional, tenderá a elevar preços e a produzir em níveis subótimos: portanto, esse agente econômico precisa ter sua ação disciplinada pelo Estado, ou seja, necessita ser regulado.

Adicionalmente, os setores de infraestrutura geralmente caracterizam-se como indústrias de rede, que são aquelas nas quais o ingresso de novos consumidores mostra-se importante para agregar valor ao serviço prestado como um todo.¹⁵ Quanto mais agentes econômicos utilizam a mesma estrada, a mesma ferrovia, a mesma rede de saneamento ou de energia elétrica, mais útil é a rede e mais barato o serviço tende a se tornar, pois os custos fixos de construção e manutenção da rede podem ser diluídos entre mais pessoas.¹⁶

O reconhecimento da existência de um monopólio natural ao longo de uma cadeia produtiva faz surgir o problema de acesso: sem acesso à infraestrutura essencial não há concorrência nos mercados verticalmente relacionados. É preciso, portanto, definir se,

¹⁴ Tendo em vista que monopólios são, por definição, a ausência de concorrência, pois nessa espécie de mercado há apenas um ofertante do bem ou serviço.

¹⁵ “Existem exemplos antigos e históricos de redes: os serviços públicos constituem, essencialmente, redes, assim como as indústrias de transporte ferroviário ou das telecomunicações. Na época pré-moderna, nos Estados Unidos, costumavam estar regulados com o argumento de que eram monopólios naturais”. PRIEST, George. Los fallidos esfuerzos en la aplicación del moderno derecho antimonopolio a las industrias de red. In: ALEGRE, Marcelo (ed.). *El dinero y la justicia*: George Priest y el Análisis Económico del Derecho. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010, p. 120.

¹⁶ No entanto, nem todas as indústrias de rede têm problemas de monopólio natural. São, por exemplo, consideradas indústrias de redes o setor de meios de pagamento (como cartões de crédito) e os sistemas operacionais (quanto mais computadores trabalham com o mesmo sistema, maior será a compatibilidade entre os arquivos e, portanto, mais fácil a interação). Estes setores não fazem parte da nossa pesquisa, visto que não possuem problemas de monopólio natural. George Priest discute os aspectos concorrenciais relevantes das indústrias de rede, a partir de casos concretos ocorridos nos Estados Unidos nos setores de cartões de crédito, sistemas operacionais e aéreo, em *Los fallidos esfuerzos en la aplicación del moderno derecho antimonopolio a las industrias de red*, p. 117 e ss.

quando e como o direito interferirá sobre as normas de acesso, e qual a autoridade em melhor condição de fazê-lo.¹⁷

Assim sendo, a presença dessa falha de mercado leva a que tais setores da economia sejam fortemente regulados e que o poder público muitas vezes tenha competência definidora de variáveis fundamentais à existência de concorrência, como preço e quantidade de empresas admitidas no mercado.¹⁸

Além disso, trata-se invariavelmente de setores de alta relevância para a sociedade, tanto assim que, do prisma jurídico, é comum estarem subordinados a um regime de serviços públicos ou monopólio estatal, excludentes da liberdade de iniciativa, exigindo o legislador que essas atividades estejam submetidas a algum controle de preços, de entrada, de padrões mínimos de qualidade do serviço, metas de universalização.¹⁹

Em suma, se o mercado é um “monopólio” e se este é “natural”, porque decorre do atual estado da técnica, merece questionamento se faz sentido submetê-lo ao escrutínio das autoridades de defesa da concorrência, cuja função principal é cuidar para que a concorrência – isto é, a interação da pluralidade dos agentes econômicos – não seja falseada no mercado. Se só há um agente econômico, se essa é a composição

¹⁷ Existe, portanto, uma inegável relação entre a caracterização de um segmento da cadeia produtiva como monopólio natural e a incidência da doutrina antitruste das *essential facilities*, que será analisada adiante neste trabalho.

¹⁸ São, portanto, mercados bastante distintos daqueles que são regulados em decorrência de outras espécies de falhas, como assimetrias de informação e externalidades. Conforme observou Areeda, “não há necessidade de controlar o número de entrantes, os seus preços ou a quantidade produzida para que se obtenha a pureza dos medicamentos; a segurança dos aviões; um mínimo de competência [dos serviços prestados por] advogados, médicos ou bombeiros; ou corretores de valores mobiliários honestos e eficientes”. AREEDA, Phillip. Antitrust laws and public utility regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 3, n. 1 (Primavera, 1972), p. 43. Nesses mercados, não há retornos crescentes de escala como os que caracterizam os monopólios naturais sobre os quais, inclusive, Areeda chama a atenção para a importância de não serem artificialmente alargados por força da regulação setorial: “O monopólio natural [presente] na eletricidade local [distribuição] ou no serviço de telecomunicações não dita o monopólio na fabricação de equipamento elétrico ou telefônico ou no fornecimento de outras fontes de energia ou de serviços de comunicação” (ob. cit., *loc. cit.*).

¹⁹ A esse respeito, o ex-Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos, em entrevista a Pedro Dutra, afirmou: “Em nossa economia, as condutas infrativas unilaterais, sobretudo aquelas verificadas em setores regulados, são tão ou mais danosas do que o cartel, na medida em que impedem que os componentes competitivos desses setores se desenvolvam, ampliando a oferta de infraestrutura. Creio que praticamente todos os setores de infraestrutura passam por esse tipo de problema, em parte porque as agências reguladoras têm tido dificuldades na implementação de normas que promovam maior competição nas indústrias. Recordo-me de denúncias envolvendo o preço de acesso a algum gargalo estrutural nas telecomunicações (TU-RL), no setor portuário (THC), acesso aos gasodutos de transporte e aos insumos da cadeia de produção de derivados do petróleo, (...) sem mencionar aquelas condutas que não chegam ao conhecimento da autoridade de defesa da concorrência”. DUTRA, Pedro. *Conversando com o CADE*. São Paulo: Singular, 2009, pp. 240/241.

economicamente mais eficiente, e se existe uma autoridade reguladora incumbida da sua disciplina, restará alguma atuação à autoridade concorrencial?

Na busca da resposta a esse questionamento, será considerada a relevância da defesa da concorrência para a sociedade, apontada pela literatura econômica como estando atrelada a ganhos de bem-estar e redução de ineficiências produtivas e alocativas.²⁰ Há, igualmente, uma perspectiva tão ou mais importante a ser considerada, decorrente da constatação de que uma sociedade que promove o princípio da livre concorrência está garantindo a liberdade de escolha individual: a competição descentraliza centros de tomada de decisões e, portanto, privilegia o direito de escolha dos indivíduos.²¹

Metodologia

A pesquisa empreendida teve ênfase bibliográfica e documental, baseando-se em doutrina, jurisprudência e textos legais nacionais e estrangeiros. Os textos em língua estrangeira, quando citados, foram vertidos para o português por tradução livre da autora.

²⁰ “No modelo básico de concorrência perfeita, em que cada consumidor e cada firma aceitam o preço de mercado como dado, o equilíbrio entre demanda e oferta garante que o ganho conjunto de consumidores e firmas seja o máximo possível. Essa é a razão pela qual a maioria dos economistas acredita que o modelo básico de concorrência perfeita fornece um padrão importante para avaliar quão bem os recursos estão sendo alocados”. STIGLIZ, Joseph e WALSH, Carl. *Introdução à microeconomia*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 171.

²¹ Anthony Ogus denomina-a a dimensão “política” da concorrência. Nas suas palavras, “quando o poder decisório é concentrado em uma pequena quantidade de pessoas, sejam públicas, sejam privadas, a liberdade de cada indivíduo para escolher como eles desejam utilizar os recursos é reduzida”. OGUS, Anthony. *Regulation: legal form and economic theory*. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 22. Nesse sentido, Amartya Sen destaca que, mesmo que tanto o sistema de mercado quanto o planejado fossem capazes de alocar igualmente os recursos, ainda assim sobressairia a superioridade do primeiro, porque resultado de um processo que respeita a liberdade do agente econômico. Ver, a esse respeito, SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 42. No mesmo sentido, é o ensinamento de Tercio Sampaio Ferraz Junior: “ao invés de se definir juridicamente o princípio da concorrência por uma conceituação de concorrência, a literatura tem-se encaminhado para uma compreensão do princípio como uma decorrência da liberdade de iniciativa enquanto um aspecto e uma das extensões das liberdades individuais”. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Concorrência como tema constitucional: política de Estado e de Governo e o Estado como agente normativo e regulador. *Revista do IBRAC*. São Paulo, IBRAC, v. 16, n. 1, 2009, pp. 173/174. Sobre a relação entre as liberdades de iniciativa e concorrência, ver SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, capítulo I.

Os capítulos III e IV privilegiam a técnica de estudo de casos,²² mediante análise de decisões da Suprema Corte norte-americana, da Corte Europeia de Justiça e do CADE.

No capítulo III, o trabalho concentra-se na jurisprudência norte-americana e europeia sobre as situações em que o ordenamento jurídico confere isenção antitruste, abordando os julgados da Suprema Corte dos EUA e da Corte Europeia de Justiça.

O estudo da perspectiva estadunidense se justifica porque esse país também se organiza sob a forma de um Estado federativo, havendo semelhanças com a realidade brasileira no que tange, por exemplo, à discussão quanto à possibilidade de intervenção da autoridade antitruste federal sobre mercados regulados pelos Estados-membros (e, no caso do Brasil, ainda pelos municípios).

Além disso, os Estados Unidos têm uma forte tradição na implementação de entidades reguladoras independentes (“*commissions*”) para disciplinar setores de infraestrutura, de modo que o direito norte-americano também enfrenta a discussão sobre a abrangência e os limites da incidência da legislação antitruste e das competências das autoridades de defesa da concorrência face a essas entidades reguladoras setoriais. Merece destaque ainda que de há muito o CADE considera, em seus julgados, os testes cunhados pela *State action doctrine* estadunidense quando decide processos envolvendo setores regulados. Em termos metodológicos, os casos considerados relevantes para a pesquisa foram aqueles decididos pela Suprema Corte e que foram destacados em *case books* em matéria antitruste ou, ainda, referenciados na doutrina sobre o tema.

O direito comunitário igualmente constituiu importante fonte de investigação sobre os limites da incidência da legislação antitruste em setores de infraestrutura, especialmente sobre aqueles serviços considerados de “relevante interesse coletivo”, já que, nesses casos, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia admite que os Estados nacionais derroguem, em alguma extensão, a aplicação das normas comunitárias de defesa da concorrência, na medida em que isso seja necessário para garantir o acesso e a universalização desses serviços, por exemplo. Sendo assim, trata-se de discussão que poderá ser útil quando da investigação acerca da incidência da legislação concorrencial e o

²² Eduardo Bittar informa ser o estudo de caso uma das técnicas de investigação empírica utilizada em direito, juntamente com as técnicas de observação, amostragem, entrevista, questionário e experimentação. *Metodologia da pesquisa jurídica*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 182.

papel das autoridades de defesa da concorrência sobre as atividades que venham a se caracterizadas como serviços públicos no ordenamento jurídico brasileiro.

A jurisprudência nacional, por sua vez, é analisada no capítulo IV, e enfoca apenas decisões de natureza administrativa. A pesquisa foi realizada por setor de atividade econômica que possui questões atinentes a monopólio natural, por meio do sistema de busca disponível no sítio www.cade.gov.br. As variáveis procuradas na chave de busca estão detalhadas no Anexo 1, tendo como data de corte 20.10.2011. Não houve recorte temporal inicial, sendo que todos os casos encontrados já foram analisados após 1994, sob a égide da Lei 8.884/94.

Além de se buscar uma maior confiabilidade dos resultados mediante a utilização de mais de uma palavra-chave por setor, conforme apontado no Anexo 1, merece ser comentado que referências a julgados do CADE encontradas na doutrina também auxiliaram na definição final do rol de acórdãos relevantes para a pesquisa. Adicionalmente, foram analisados os Relatórios Anuais produzidos pelo CADE entre 1996 e 2002, com o objetivo específico de buscar dados acerca da relevância que o tema da desestatização teria tido no âmbito das principais discussões da entidade.

Conforme se constata da análise do Anexo 1, em nossa pesquisa foram encontrados:

- 27 acórdãos relativos ao setor de distribuição de energia elétrica;
- 21 acórdãos relativos ao setor de transmissão de energia elétrica;
- 13 acórdãos relativos ao setor de concessão de ferrovias;
- 31 acórdãos relativos ao setor portuário;
- 23 acórdãos relativos ao setor de concessão de rodovias;
- 12 acórdãos relativos ao setor de serviços de transporte aéreo em que houve discussão de infraestrutura aeroportuária (*slots*);²³
- 10 acórdãos relativos ao setor de distribuição de gás canalizado;

²³ Tendo em vista que, no momento em que esta tese é encerrada, estão sendo iniciados os primeiros processos de desestatização de aeroportos, não havia historicamente casos julgados pelo CADE envolvendo unicamente a atividade de infraestrutura aeroportuária. A discussão acerca do acesso aos *slots* dos aeroportos era realizada durante a análise de atos de concentração e processos administrativos envolvendo a atividade-fim das companhias aéreas, sendo essa a principal questão concorrencial do setor em termos de acesso à infraestrutura.

- 12 acórdãos relativos ao setor de saneamento;
- 27 acórdãos relativos ao setor de telefonia fixa; e
- 10 acórdãos relativos ao setor de transporte de gás natural.

O universo total de análise, portanto, foi de 186 acórdãos.

Todos esses acórdãos foram analisados e estão listados no Anexo I.

Cumprе esclarecer que, no que tange a atos de concentração, não foram incluídos na pesquisa casos de não conhecimento ou que foram extintos em razão da perda do objeto, pois referidas operações, ou eram irrelevantes do prisma concorrencial (e, portanto, não deveriam ter sido notificadas), ou não chegaram a ter o seu mérito analisado em virtude de desistência das partes.

No que tange às condutas, foram excluídos do universo de casos analisados as averiguações preliminares e os processos administrativos arquivados em razão de prescrição intercorrente, uma vez que, nesses casos, o mérito da conduta que inicialmente seria investigada não chegou a ser avaliado.

Como limitações aos resultados que serão apresentados, deve ser ressaltado que a pesquisa quantitativa se baseia nos acórdãos encontrados a partir da fonte pública de consulta – o *site* do CADE na internet. A chave de busca, no entanto, apresenta algumas falhas: algumas decisões aparecem repetidas vezes, outras não se relacionam ao tema que se está buscando, algumas decisões relevantes para o estudo não apareceram na primeira pesquisa realizada.

A fim de contornar essas dificuldades, para uma maior precisão da pesquisa, cada setor regulado foi checado por pelo menos duas variáveis de busca distintas, e os resultados filtrados mediante a leitura das ementas e, quando essa não permitiu a identificação do mercado relevante, a análise do voto do relator do caso. Após essa filtragem foi analisado o inteiro teor de todos os julgados selecionados.

Os resultados quantitativos decorrentes da investigação empreendida no capítulo IV estão descritos no início do capítulo V, no qual também se procede a uma análise qualitativa das principais questões observadas durante a pesquisa, procurando-se traçar conclusões gerais sobre a atuação do CADE nos setores de infraestrutura e algumas perspectivas para o futuro.

A contribuição original da presente tese à ciência jurídica brasileira reside em um estudo empírico acerca da relação entre concorrência e regulação em setores de infraestrutura, tendo por base de dados a jurisprudência do CADE, com a finalidade de observar se – e, em caso positivo, em quais situações – a autoridade concorrencial já interveio sobre práticas empresariais ou operações de concentração observadas nessas indústrias.

A ênfase empírica da pesquisa e a tentativa de sua sistematização constituem as contribuições inovadoras da tese à ciência jurídica brasileira. Além disso, dada a recente aprovação da nova lei concorrencial (Lei 12.529/2011), o presente trabalho também se apresenta inovador na medida em que oferece uma primeira interpretação acerca do tema investigado tendo em consideração a redação da legislação recém-aprovada, que trouxe modificações substanciais ao regime de defesa da concorrência, especialmente em matéria de atos de concentração.

A estruturação do trabalho

Para o fim acima apresentado, o trabalho encontra-se dividido em cinco capítulos.

No primeiro, retoma-se brevemente a literatura sobre a relação entre direito e economia, com o objetivo de mostrar que a regulação da atividade econômica em geral, e a dos setores de infraestrutura em particular, encontra-se na interseção entre essas duas áreas.

De fato, as políticas regulatória e concorrencial devem buscar a maximização de bem-estar social (o que implica o acesso da população a bens e serviços, preços módicos, qualidade, etc.) com a utilização da menor quantidade de recursos públicos (inclusive em termos de aparato burocrático, tempo necessário à tomada de decisões, custos atrelados à duplicidade de instituições com competência sobre o tema e riscos de decisões contraditórias) que sejam necessários ao atingimento de objetivos socialmente relevantes, traduzidos em princípios jurídicos constitucionais. Portanto, a Administração Pública deve, de um lado, alocar os escassos recursos públicos da forma mais eficiente, de modo a permitir a execução das políticas públicas que gerem o maior retorno em termos de bem-estar; e, de outro, deve haver uma preocupação em não se onerar demasiadamente o investidor com exigências protelatórias e desnecessárias, ou, ainda, com entendimentos sobrepostos e incongruentes, geradores de insegurança jurídica.

Assim sendo, o primeiro capítulo da tese discorrerá sobre a relação entre direito e economia e como devem posicionar-se o legislador e o Administrador Público ao tomar decisões sobre regular ou não um setor. Cumpre lembrar que o direito antitruste e a regulação dos setores de infraestrutura estão dentre os primeiros setores em que historicamente foi estudada a relação entre direito e economia.²⁴

O segundo capítulo traça um histórico das teorias desenvolvidas para tentar explicar a utilidade, as falhas e os limites da regulação econômica na disciplina dos mercados. Abordam-se as dificuldades enfrentadas pela regulação setorial e, a partir das críticas tecidas pela Teoria da Regulação Econômica, procura-se discutir o papel que a concorrência pode desempenhar na construção de arcabouços jurídicos que contribuam para o desenvolvimento socioeconômico.

São também apresentados os possíveis arranjos institucionais de divisão de competências entre autoridades reguladoras e de defesa da concorrência, a depender do ordenamento jurídico de cada país.²⁵ Discutem-se, ainda, os arranjos institucionais adotados pelo Brasil em vários setores regulados, procedendo-se, em particular, à análise específica dos setores de infraestrutura e, em especial, daqueles caracterizados como serviços públicos ou monopólios estatais, tendo em vista que esses, por serem titularizados pelo poder público, estão, em princípio, excluídos do regime de livre iniciativa.²⁶

No terceiro capítulo, analisamos os testes cunhados pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, a partir das decisões em que se enfrentou o tema da relação entre a aplicação da legislação antitruste e as decisões das autoridades reguladoras federais (a *pervasive power doctrine*). Em seguida, comentamos os julgados a partir dos quais foi moldada a *State Action doctrine*, que busca solucionar essa interação também do prisma

²⁴ Nesse sentido, COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Direito e economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 23.

²⁵ A expressão “ordenamento jurídico” disseminou-se após a publicação da obra de Hans Kelsen “Teoria Pura do Direito”, em que o autor sustentou que, mais do que um conjunto de institutos estáticos, o direito possuía uma dimensão dinâmica, segundo a qual as normas retiravam seu fundamento de validade de outras normas (hierarquicamente superiores), formando um sistema hierarquizado e fechado. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003 e BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1999.

²⁶ É preciso ressaltar, no entanto, os casos dos serviços públicos de saúde e educação que, nos termos da Constituição Federal, são abertos à livre iniciativa (arts. 199 e 209, CF/88). Considerar-se-á também que o ordenamento jurídico brasileiro aponta para a introdução de concorrência na prestação dos serviços públicos titulados exclusivamente pelo Estado, nos setores em que esta se apresente economicamente viável (ver, em especial, o art. 16 da Lei 8.987/95).

federativo, tendo em vista a relação entre regulação setorial estadual e a legislação antitruste federal.

A abordagem da jurisprudência norte-americana mostra-se de extrema relevância, tanto por ser um dos países com maior tradição em tutela da concorrência, como pelo fato de que a própria jurisprudência do CADE, em algumas ocasiões, valeu-se das considerações ali tecidas como suas razões de decidir. Nesse aspecto, ao final do capítulo ilustramos a recepção, pelo CADE, dos testes da *State action doctrine*, relacionando casos em que o tribunal administrativo expressamente referiu-se a eles.

Nesse terceiro capítulo analisamos, ainda, a jurisprudência dos órgãos da União Europeia a respeito da existência de setores imunes à aplicação do direito da concorrência, tendo em vista as derrogações admitidas pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), no que tange à aplicação das normas antitruste aos serviços de interesse econômico geral. Essa é uma contribuição importante ao tema que é objeto desta tese, pois questões próprias ao direito dos serviços públicos são enfrentadas pela jurisprudência comunitária, que por vezes tem que decidir se leis nacionais dos Estados-membros podem derrogar a aplicação dos artigos do TFUE que tutelam a concorrência, em nome dos princípios que são ínsitos aos serviços públicos (tais como os deveres de continuidade, regularidade e universalização).

O quarto capítulo é dedicado à análise da jurisprudência do CADE em setores regulados de infraestrutura, nomeadamente, rodovias; ferrovias; portos; aeroportos; transmissão e distribuição de energia elétrica; saneamento; distribuição de gás canalizado; telefonia fixa; transporte de gás natural. Para esse fim, será necessário contextualizar brevemente o cenário em que essas discussões começaram a colocar-se no país, caracterizado especialmente pelo processo de reforma do Estado empreendido, em sede federal, nos anos 90, e na ênfase conferida, na segunda metade dessa década, às concessões de serviços públicos.

No último capítulo, uma vez percorrido o caminho acima exposto, o estudo aponta, a partir da sistematização da jurisprudência do CADE, alguns dados quantitativos que emergiram da pesquisa, assim como conclusões e perspectivas para o futuro sobre a matéria, em especial tendo em vista as substanciais modificações que são esperadas, para o controle de estruturas, com a entrada em vigor pela Lei 12.529/2011. Aborda-se, por fim, a controvérsia sobre a quem compete resolver conflitos de competência ou de entendimentos, em caso de decisões absolutamente contraditórias e irreconciliáveis que porventura decorram da atividade das entidades reguladoras e concorrenciais.

Terminamos este breve introito lembrando que, no relatório de “*peer review*” realizado em 2005, pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, acerca do estado da política de defesa da concorrência no Brasil, essa entidade constatou que um dos pontos que poderiam ser aprimorados no sistema de defesa da concorrência brasileiro consistia em uma busca por uma maior institucionalização dos mecanismos de interação entre agências reguladoras e autoridades concorrenciais.²⁷

Em nova avaliação, realizada em 2010, a OCDE destacou positivamente o papel da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE na advocacia da concorrência junto às agências reguladoras, como sinalização de que o país está se aprimorando no que tange a essa questão.²⁸

Espera-se, nesse contexto de aprimoramento institucional e reforma legislativa, que este trabalho possa ser uma contribuição ao aprofundamento do debate acerca da tutela da defesa da concorrência nos setores de infraestrutura.

²⁷ Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. Paris: OCDE/IDB, 2005, pp. 120 e 121.

²⁸“A advocacia da concorrência junto a outros órgãos governamentais e reguladores é particularmente relevante e eficaz, uma vez que é realizada principalmente pela SEAE, cuja posição dentro do poderoso Ministério da Fazenda permite acesso a diversas áreas do governo.” Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. Paris: OCDE/IDB, 2010, p. 7.

I. Direito e economia, regulação e concorrência

1.1 Liberdade de concorrer e falhas de mercado

A discussão que nos propomos a enfrentar deve ser compreendida como uma daquelas que se coloca na interseção entre o direito e a economia.

Conforme teremos oportunidade de destacar, a regulação estatal da economia tem por efeito restringir e condicionar – por vezes, de forma bastante vigorosa – a liberdade de iniciativa dos agentes no mercado, sendo justificada pela necessidade de se buscar evitar perdas de bem-estar social, o que pode ser traduzido, por sua vez, na concretização de uma plêiade de valores constitucionalmente consagrados como princípios jurídicos e objetivos da sociedade brasileira.²⁹

A Constituição Federal de 1988 funda a Ordem Econômica no primado da livre iniciativa e da valorização do trabalho, garantindo, como regra geral, o direito de todo cidadão lançar-se no mercado para produzir e transacionar bens e serviços (art. 170, *caput* e parágrafo único).

Essa liberdade, no entanto, é contrabalançada, dentre outras condicionantes,³⁰ pelas funções exercidas pelas autoridades de defesa da concorrência que, disciplinando um valor igualmente positivado na Constituição (a livre concorrência e a correspondente determinação de repressão ao abuso do poder econômico – arts. 170, IV e 173, §4º), têm por objetivo institucional prevenir (através da tutela dos atos de concentração) e reprimir (por meio de investigação e punição) práticas anticompetitivas.

A pesquisa realizada relaciona-se às funções desempenhadas pelas entidades responsáveis pela tutela da concorrência e por aquelas criadas para condicionar, de forma mais ampla e cotidiana, a liberdade de iniciativa (os órgãos e entidades reguladores), desde

²⁹ Merece destaque, nesse sentido, o art. 3º da Constituição Federal: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

³⁰ Por exemplo, de proteção ao meio ambiente e defesa do consumidor, igualmente princípios estatuídos no art. 170 da Constituição Federal.

que previamente autorizadas pela Constituição Federal e pelas leis aplicáveis. Deve ser esclarecido, desde logo, que compete ao direito definir que alguns mercados sejam excluídos do regime de liberdade de empresa para ingressar em situações de exclusiva titularidade estatal (sejam monopólios estatais, sejam serviços públicos).

Justificam essa exclusão, de um lado, a presença de falhas de mercado (questão econômica) e, de outro, o fato desses mercados produzirem e circularem bens e serviços necessários à concretização de valores compartilhados pela sociedade, estando relacionados, por exemplo, ao direito de ir e vir e de movimentar pessoas e mercadorias (setores como ferrovias, rodovias, portos e aeroportos), à saúde pública (saneamento), à segurança (distribuição de gás canalizado) e à própria dignidade da pessoa humana (fornecimento e distribuição de energia elétrica, saneamento, dentre outros).

Este encontro de falhas de mercado com a necessidade de promoção de valores socialmente compartilhados faz com que o Estado, por meio do direito, utilize seu poder de império para garantir e condicionar a oferta desses bens e serviços, na forma de princípios constitucionais e outras normas jurídicas cogentes que criam um marco regulatório visando à sua melhor tutela.

Verifica-se, assim, que a relação entre direito e economia hoje perpassa praticamente todas as questões socialmente relevantes, podendo ser analisada sob distintos aspectos.³¹ Persio Arida propõe, para fins metodológicos, a divisão do tema em quatro grupos com distintas abordagens: (i) aqueles que procuram demonstrar como as normas jurídicas produzidas com o objetivo de impor valores acabam por distorcer o equilíbrio de mercado; (ii) os que se dedicam ao estudo de como o direito pode intervir sobre falhas de mercado, auxiliando na sua correção; (iii) a corrente que se centra na análise do regime

³¹ No entanto, durante muito tempo propugnou-se a separação metodológica absoluta entre o estudo do direito e o da economia, esquecendo-se que se tratavam ambas de ciências sociais. Lembra Mestmäcker que “a fascinação originária da economia inglesa clássica como um sistema de ‘liberdade natural’ conduziu, por diferentes motivos, à falsa compreensão dos princípios próprios do econômico como independentes do direito e do Estado. No processo de especialização das ciências sociais, os objetos e os métodos das ciências do direito e da economia tiveram que se diferenciar”. MESTMÄCKER, Ernst Joachim. Poder, Direito, Constituição Econômica. *Revista do IBRAC*. São Paulo, v. 12, n. 4, 2005, p. 179. Da perspectiva norte-americana, uma retrospectiva da relação entre direito e economia é realizada em texto de George Stigler publicado no início da década de 90, no qual conclui, ao final: “a economia tem dois papéis fundamentais diferentes que ela pode adotar no direito. O primeiro é simplesmente o de fornecer sua expertise em pontos requeridos pelo advogados”, exemplificando, em seguida, com a definição do tamanho de um mercado para fins de análise concorrencial. “O segundo papel, mais controvertido, é o estudo das instituições jurídicas e as doutrinas”, ilustrando com a possibilidade de os economistas estudarem os custos relacionados a diferentes sistemas de transmissão de propriedade imobiliária. STIGLER, George. Law or economics? *Journal of law and economics*, v. 35, n. 2, outubro 1992, pp. 467/468..

jurídico incidente sobre contratos e mercados, debatendo se existe alguma superioridade entre os sistemas de *common law* e *civil law* em relação a direitos individuais, cumprimento dos contratos e desenvolvimento econômico; e (iv) por fim, a corrente institucionalista, que estuda a norma a partir das exigências da sociedade, não necessariamente (embora seja possível), em resposta a demandas do sistema econômico.³²

Esses pontos perpassam a presente tese, pois um dos objetivos da pesquisa consiste em verificar se a preservação da competência das autoridades de defesa da concorrência nos setores regulados de infraestrutura pode colaborar para reduzir-se a edição de normas anticompetitivas.

No entanto, ao longo da discussão a que nos propomos será relevante ter em consideração as diferenças entre a origem da regulação nos Estados Unidos (país de matriz jurídica de *common law*) e a tradição do sistema brasileiro e da Europa continental (*civil law*), no que tange, especialmente, à disciplina daquelas atividades econômicas que, embora potencialmente lucrativas, são consideradas de interesse público geral.³³

A perspectiva institucionalista também atravessa todo o estudo, já que a tese se propõe a analisar o arranjo institucional de divisão de competências entre autoridades reguladoras e concorrenciais na disciplina dos monopólios naturais.

³² ARIDA, Persio A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp. 63 a 67. Para uma comparação da eficiência dos sistemas de *civil law* e *common law* ver, no mesmo livro, o artigo de ARRUÑADA, Benito e ANDONNOVA, Veneta. Instituições de mercado e competência do Judiciário, p. 211 e ss. Robert Cooter lembra ainda que, na origem, a *common law* era associada a práticas sociais reiteradamente aceitas, que eram, então, “descobertas” pelos juízes e “declaradas” como sendo “normas jurídicas”. Dessa perspectiva, o direito seria o resultado das normas que “venceram a concorrência” no mercado e, portanto, as mais eficientes. COOTER, Robert. In: ROWLEY, Charles; PARISI, Francesco. *The origins of law and economics*. Glos: Edward Elgar Publishing Limited, 2005, p. 237. Uma discussão sobre a metodologia do direito e da economia é realizada em NOBRE, Marcos *et alli*. *O que é pesquisa em direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2005, capítulo IV (“Direito e economia”). No debate ali transcrito, Calixto Salomão Filho aponta a importância de se incluir o tema dos valores nesse debate, superando-se a perspectiva neoclássica de que o direito deveria servir apenas à redução dos efeitos decorrentes das falhas de mercado (p. 155).

³³ Na tradição brasileira e europeia denominadas “serviços públicos”; na perspectiva norte-americana, de titularidade privada das infraestruturas a partir das quais são prestadas, designadas “*public utilities*”; e, no direito comunitário europeu, como se verá, rebatizadas “serviços de interesse econômico geral”.

1.2 Uma breve perspectiva histórica da relação entre direito e economia na regulação dos mercados

A análise histórica das discussões acerca da relação entre concorrência e regulação auxilia na compreensão do atual estágio de debate a ser enfrentado.

O direito sempre lidou com as operações econômicas. Mesmo na época medieval as feiras eram organizadas por normas, a maior parte delas de origem costumeira, que delimitavam a forma como se dariam as transações econômicas e os efeitos esperados da interação entre comerciantes.³⁴

A partir da formação dos Estados modernos e sua consolidação entre os séculos XVII e XIX, Max Weber destacou que “a fusão de todas as demais associações que são portadoras de uma ‘criação do direito’ numa única instituição estatal coativa, que reivindica para si a condição de fonte de todo direito ‘legítimo’, manifesta-se de forma característica na maneira como o direito se coloca a serviço dos interesses dos que têm a ver com ele, especialmente a serviço dos interesses econômicos”. A partir de então, “quem tem, de fato, poder de disposição sobre uma coisa ou pessoa obtém, mediante garantia jurídica, segurança específica quanto à perduração deste poder, e aquele a quem foi prometida alguma coisa obtém segurança de que a promessa seja cumprida. Essas são, de fato, as relações mais elementares entre o direito e a economia”.³⁵ Como destaca Cabral de Moncada, nessa época “a primazia era assim da economia sobre o direito”, que não almejava efeitos redistributivos.³⁶

No entanto, Weber observa que “o direito também pode funcionar de tal modo – ou, em termos sociológicos, a ação do aparato coativo, em virtude de ordens empiricamente vigentes, pode assumir tal forma – que somente com ações coativas possibilite a criação de determinadas relações econômicas: ordens relativas ao poder de disposição econômico ou

³⁴ “Feiras eram organizadas segundo disciplina consuetudinária; negócios nelas realizados, de que participassem mercadores, sujeitavam-se a conjunto de regras emanadas da ordem privada dos mercadores. (...). Essas normas consuetudinárias são a origem remota do direito comercial (...) as feiras deram origem a um específico conjunto de normas cuja prioridade era dispor, uniformemente, sobre as relações nelas consumadas, qualquer que fosse a praça em que ocorressem.” SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 50.

³⁵ WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: UnB, 2004, v. 2, p. 14.

³⁶ MONCADA, Luis Cabral de Oliveira. *Direito econômico*. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 7.

às expectativas econômicas baseadas em acordos, na medida em que cria precisamente para este fim, de modo racional, um direito objetivo”.³⁷ Ou seja, o direito não constitui apenas resultado das relações socioeconômicas, mas pode também intervir sobre a economia para modificar relações de propriedade.

Essa possibilidade transformadora do direito começa a ser observada no final do século XIX, nos Estados Unidos, com o surgimento de instituições e leis com pretensões de intervir sobre a atividade econômica. Em 1887 surge a *Interstate Commerce Commission*, considerada a primeira agência reguladora e, em 1890, o *Sherman Act* vem coibir práticas empresariais que pudessem ser consideradas restritivas do comércio interestadual nos EUA.³⁸ São, assim, os momentos iniciais da história de intervenção do Estado sobre a economia e sobre a liberdade empresarial dos indivíduos, que o século XX verá se transformar na regra geral, uma realidade inexorável.

A história da economia americana relacionada a setores de infraestrutura, contudo, é bastante distinta da perspectiva europeia. Nos EUA sempre se priorizou a titulação privada dos ativos de infraestrutura, ao passo que, na Europa, os grandes investimentos nessa seara foram realizados, ao longo do século XX, pelo Estado, sendo a execução dos serviços igualmente mantida, em grande parte, sob a tutela estatal.³⁹

Além disso, a própria disparidade de tamanho entre a economia norte-americana e a fragmentada Europa, dividida em vários países muito menores e alguns com suas fronteiras definidas apenas na segunda metade do século XIX (como é o caso da Alemanha e da Itália), permite compreender por que temas como regulação interestadual e defesa da concorrência se tornam premissas da sociedade americana ainda no final do século XIX, sendo que, na Europa, a defesa da concorrência não será um tema relevante até a segunda

³⁷ WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: UnB, 2004, v. 2, p. 14.

³⁸ Lembra Cabral de Moncada que “a pouco e pouco, a confiança cega no mercado como instrumento de riqueza geral desapareceu”, sendo marcante que “precisamente no país, os EUA, em que o liberalismo econômico parecia invencível, que as primeiras restrições àquela confiança aparecem sob a forma da disciplina da concorrência”. *Direito econômico*, p. 8. No mesmo sentido, Ernst Mestmäcker observa que “nos Estados Unidos, foi a viva consciência histórica e política das relações constitutivas entre liberdade econômica e política o que possibilitou o desenvolvimento das leis antitruste como complemento necessário da democracia política”. MESTMÄCKER, Ernst Joachim. Poder, Direito, Constituição Econômica, p. 181.

³⁹ Fazendo alusão à perspectiva europeia, observa Laguna de Paz: “desde os anos 50, o Estado ostenta a titularidade – e, em muitos casos também a gestão –, da maior parte das atividades essenciais de caráter estratégico, vinculadas a grandes redes de infraestrutura ou que utilizam recursos escassos. Assim ocorre nos setores de energia (eletricidade, distribuição de petróleo, gás), de transportes (aéreos, marítimos e terrestres), de telecomunicações (telefonias, rádio e televisão) e nos serviços postais.” LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Los servicios de interes económico general*. Navarra: Aranzadi, 2009, p. 57.

metade do século XX. De fato, é ao final da Segunda Guerra Mundial que a concorrência será alçada a fundamento do mercado comum europeu, e que a positivação de direitos de natureza social reclamará uma atuação mais proativa do Estado.⁴⁰ Nessa época ocorre a superação da crença liberal de que os atos individuais e egoísticos dos agentes econômicos no mercado seriam capazes de gerar ótima alocação dos recursos sociais escassos (a ideia da “mão invisível” do mercado).⁴¹

A partir do momento em que normas jurídicas cogentes vão exigir do poder público a prestação de serviços públicos, estende-se o rol de deveres da burocracia estatal, que agora não é mais apenas repressora das condutas individuais indesejáveis (garantindo liberdade individual e propriedade privada), mas passa a ser chamada a prover diversos bens e serviços à população. Amplia-se, nesse momento, a burocracia ou o Estado-Administração, consistente no aparato montado para tentar implementar esse amplo conjunto de exigências sociais.⁴²

⁴⁰ Criticando a abordagem de que somente haveria racionalidade econômica em escolhas individuais e auto-interessadas, manifesta-se Amartya Sen: “Por que deveria ser unicamente racional empenhar-se pelo auto-interesse excluindo todo o resto? Evidentemente, pode não ser de todo absurdo afirmar que a maximização do auto-interesse não é irracional, pelo menos, não necessariamente, mas asseverar que tudo o que não for maximização do auto-interesse tem de ser irracional parece absolutamente insólito. A visão da racionalidade como auto-interesse implica, *inter alia*, uma decidida rejeição da concepção da motivação ‘relacionada à ética’.” SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 31. Adiante nesta mesma obra, Sen observa que considerar eficiente um Estado que aloca os recursos disponíveis de acordo com o princípio do ótimo de Pareto é uma visão muito limitada, pois “a otimalidade de Pareto concerne exclusivamente à eficiência no espaço das utilidades, deixando de lado as considerações distributivas relativas à utilidade” (p. 49). E, assim, conclui: “a aceitação moral dos direitos (especialmente os que são valorizados e apoiados, e não apenas respeitados na forma de restrições) pode requerer afastamentos sistemáticos do comportamento auto-interessado. Mesmo um movimento parcial e limitado da conduta real nessa direção pode abalar os pressupostos de comportamento que fundamentam a teoria econômica dominante” (p. 73).

⁴¹ Como lembra Tullio Ascarelli acerca do liberalismo econômico, “a concepção de uma ordem econômica natural permitia, portanto, superar o dualismo entre egoísmo do indivíduo e suas motivações particulares, de um lado, e ordem universal e racional, de outro, mostrando o primeiro como se fosse instrumento para a realização da segunda, conectando-se com uma ética ascética do trabalho e da acumulação individual que se contrapunha à feudal e era instrumento de afirmação de novas classes e concepções”. ASCARELLI, Tulio. *Problemi giuridici*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1959, tomo I, p. 45. No mesmo sentido, SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito constitucional econômico – estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, pp. 41 e 42.

⁴² Esta é a visão especialmente da perspectiva europeia. Os Estados Unidos possuem regulação da atividade econômica pelo menos desde 1887, ano em que foi criada a *Interstate Commerce Commission*. A partir daí, o país vai experimentar ondas de maior e menor intervenção do Estado sobre as atividades econômicas. Marçal Justen Filho comenta a ocorrência de duas grandes ondas de regulação e surgimento das respectivas agências, a primeira tendo ocorrido nos anos que se seguiram à depressão de 1929, durante o *New Deal*, e a segunda, nos anos 60, mais ligada a valores socialmente relevantes e não tanto à disciplina das falhas de mercado. Surgiram, por exemplo, agências reguladoras dedicadas ao meio ambiente e à tutela dos consumidores. JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, pp. 76 a 80.

Paralelamente ampliam-se as funções do direito, que passa a atuar também como promotor de comportamentos sociais voltados a determinadas pautas sociais redistributivas acordadas no âmbito das Constituições garantísticas.⁴³ Isso explica por que, na Europa, grande parte dos serviços de infraestrutura foi historicamente titularizado e executado pelo poder público, na forma de serviços públicos, até que, especialmente a partir dos anos 90, observou-se um processo de liberalização, privatização e introdução de concorrência em vários setores.⁴⁴

1.3 O interesse pelo estudo da relação entre direito e economia

O crescimento das funções do Estado sobre questões econômicas fez com que, na segunda metade do século XX, surgissem movimentos de estudo da relação entre direito e economia. A relação entre regulação e concorrência na disciplina dos monopólios naturais constitui um dos muitos temas trabalhados pelos estudiosos de direito econômico⁴⁵ ou por aqueles que se dedicaram à análise econômica do direito.⁴⁶

⁴³ “Mas a partir do momento em que o Estado assume a tarefa, não apenas de controlar o desenvolvimento econômico, mas também de dirigi-lo, o instrumento idôneo para essa função não é mais a norma reforçada por uma sanção negativa contra aqueles que a transgridem, mas a diretiva econômica, que, frequentemente, é reforçada por uma sanção positiva em favor daqueles que a ela se conformam, como ocorre, por exemplo, nas denominadas leis de incentivo, que começam a ser estudadas com atenção pelos juristas. Daí a função do Direito não ser mais apenas protetivo-repressiva, mas também, e com frequência cada vez maior, promocional.” BOBBIO, Norberto. *Estrutura e função na teoria do direito de Kelsen*. In: _____. *Da estrutura à função*. Barueri: Manole, 2007, p. 209. No mesmo sentido, expressa-se Cabral de Moncada: “a atual intervenção do Estado invoca a seu favor critérios valorativos absolutamente estranhos à economia, a satisfação plena de necessidades básicas, a efetividade da livre empresa, a atenuação dos riscos provocados pela atividade econômica privada e pública, aqui com especial destaque para a erradicação de riscos ambientais e ecológicos”. *Direito econômico*, p. 9.

⁴⁴ LAGUNA DE PAZ, *Los servicios de interés económico general*, pp. 66 e 67.

⁴⁵ O direito econômico, segundo Modesto Carvalhosa, promove a passagem da tutela jurídica da propriedade à “disciplina da produção ou da atividade econômica, onde os bens adquirem um caráter instrumental”, visando a finalidades socialmente relevantes que são positivadas no ordenamento jurídico. Nesse sentido, “o critério normativo de economicidade regula, no plano jurídico, o mérito de um comportamento econômico. Impõe um dever jurídico de conduta aos sujeitos da investidora ou empreendedora, no sentido de programar e desenvolver a gestão dessas mesmas atividades, segundo os racionais critérios econômicos previstos na lei”. Segundo o autor, o objeto do direito econômico é o estudo da economicidade da norma, a qual “extravasa o mero interesse de maximização de resultados, para inserir-se na perspectiva, orgânica e mediata, de um processo socioeconômico racionalmente proposto”. Assim, “o conteúdo da economicidade distingue-se do

Do prisma estadunidense, ficou famoso o debate, especialmente a partir da década de 60, entre duas grandes vertentes de estudos da relação entre direito e economia.

A primeira, que se tornou conhecida como Escola de Chicago, conferia ênfase à análise da eficiência da legislação, no sentido de se investigar como as normas provenientes da *common law* teriam sido capazes de propiciar a maximização do bem-estar social (no sentido de Pareto ou de Kaldor-Hicks). Destacam-se os trabalhos de Ronald Coase sobre custos de transação⁴⁷ e, na década de 1970, os de Richard Posner.⁴⁸ Há, nessa corrente, segundo os críticos da Escola de Chicago, uma relação de subordinação do direito às “regras de mercado”,⁴⁹ sendo relacionada a uma visão menos interventiva do Estado (por meio do direito) sobre a atividade econômica.

Já a outra corrente sustentaria que a “eficiência”, um ponto central do estudo da economia, não seria suficiente ao direito, que tem de resolver problemas relacionados à “justiça”.⁵⁰ Essa vertente conferiria um papel mais pró-ativo para o direito na correção das

conteúdo meramente econômico, porque o critério normativo da economicidade tem um fundamento sobretudo ético e não meramente econômico. Juridicamente, indica os caminhos da atividade produtiva para direções que interessam muito mais à coletividade do que aos interesses imediatos e egoísticos dos agentes de produção”. CARVALHOSA, Modesto. *Direito econômico*. São Paulo: RT, 1973, p. 326/327.

⁴⁶ Conforme aponta Paula Forgioni, a “análise econômica do direito” não constitui uma escola ou movimento único ou homogêneo, mas se tornou uma denominação ampla para distintas vertentes de estudos que, de alguma forma, cuidam da relação entre direito e economia na análise de fenômenos sociais como contratos, trabalho, relação do cidadão com o Estado pela via da tributação, entre tantos outros. FORGIONI, Paula. Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Malheiros, v. 139.

⁴⁷ Uma compilação dos principais estudos do autor é encontrada em COASE, Ronald. *The firm, the market and the law*. Chicago: Chicago University Press, 1988.

⁴⁸ Ver POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 5ª ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, Inc., 1998.

⁴⁹ Nesse sentido, observa Giovanni Bianco: “De fato, a ideia de que seja o mercado a ditar normas ao legislador está em perfeita sintonia com a acentuada inversão hermenêutica da relação entre direito e economia, e reclama uma noção de legalidade econômica natural que condiciona os modelos éticos e de justiça e as obrigações recíprocas subsistentes entre ambos, considerados pelo jurista com o fim de disciplinar aquelas situações de fato que assumem relevo jurídico. Este é, em breve, o horizonte teórico de Posner, que se refere à realidade das trocas econômicas conduzidas pelos agentes privados, à liberdade dos empreendedores, considerando-as um valor prioritário”. BIANCO, Giovanni. *Costituzione ed economia*. Turim: G Giapichelli Editore, 1999, p. 31.

⁵⁰ Não se deve negar, entretanto, que a busca pela eficiência do direito e das políticas públicas constitui uma importante contribuição da economia ao direito, que pode ter, inclusive, relevantes efeitos em termos de justiça distributiva: “Entre as primeiras aplicações da economia a políticas públicas encontrava-se o seu uso para prever quem realmente arca com os ônus de alternativas tributárias. Mais que qualquer outro cientista social, os economistas entendem como o direito afeta a distribuição de renda e bem-estar entre classes e grupos. Enquanto os economistas geralmente recomendam modificações que aumentem a eficiência, eles, algumas vezes, tentam abster-se de tomar partido em conflitos sobre distribuição, geralmente deixando que recomendações sobre distribuição sejam dadas por políticos e eleitores. A teoria econômica, no entanto, complementa as mais importantes teorias sobre justiça distributiva”. COOTER, Robert. *The confluence of justice and efficiency in the economic analysis of law*. In: ROWLEY, Charles; PARISI, Francesco. *The*

falhas de mercado, com finalidades redistributivas, não podendo ser a busca por eficiência econômica a sua única finalidade.⁵¹

Da perspectiva europeia, o tema da relação entre direito e economia desenvolveu-se bastante na Alemanha do pós-guerra, inclusive por força da influência norte-americana nos acordos de paz que puseram termo à Segunda Guerra Mundial. Nesse momento, ganhou grande projeção a Escola de Freiburg e a teoria ordoliberal desenvolvida a partir dos anos 30, que conferiu papel proeminente ao direito da concorrência na repressão aos cartéis e às estruturas concentradas de poder econômico como política essencial à garantia da ordem econômica.⁵²

A influência da Escola ordoliberal fez sentir-se na promulgação do Tratado de Roma, em 1957, que calcou na defesa da concorrência um dos pilares fundamentais para a construção do mercado comum europeu.⁵³ A fim de tornar possível a criação de um mercado de livre circulação de mercadorias e serviços, em um primeiro momento seria necessário garantir que os Estados-membros não protegessem seus mercados internos mediante a criação de barreiras (tarifárias ou não) ao ingresso dos produtos dos demais; ou seja, seria preciso assegurar, por meio de normas cogentes de tutela da concorrência entre

origins of law and economics. Glos: Edward Elgar Publishing Limited, 2005, p. 224. No mesmo sentido, destacando que nada há de contrário ao direito na realização de análises (econômicas) de custo-benefício visando à maximização do bem-estar social nas decisões sobre políticas públicas, observa Ana Paula Martinez: “a tensão entre justiça (distributiva), relacionada à alocação inicial de bens e direitos, e a eficiência – que maximiza bem-estar tomando a alocação inicial como dada – parece-nos, na maioria das críticas formuladas, superdimensionada. Em geral, de um lado, questionar uma determinada dotação inicial de bens e direitos não desonera o formulador de políticas públicas da difícil tarefa de decidir no meio da escassez. E, de outro, incorporar a análise custo-benefício na avaliação das políticas públicas não significa que a avaliação prudencial, tão típica do direito, deva ser deixada de lado. Vale dizer que a análise custo-benefício convive bem com políticas redistributivas e com ideais de justiça: a questão apenas é justificar a escolha diante de alternativas, informando à sociedade os custos e benefícios de cada opção”. MARTINEZ, Ana Paula. Análise de custo-benefício na adoção de políticas públicas e desafios impostos ao seu formulador. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, v. 251, maio-agosto 2009, p. 34.

⁵¹ Segundo Francesco Parisi, a Escola de Chicago seria “positiva”, enquanto a segunda, por ele referida como Escola de Yale, seria “normativa”. PARISI, Francesco. *Methodological debates in law and economics*, p. 39. O autor, adiante, menciona que “os professores que seguem o ‘Yale-style’ sugeririam que eficiência, tal como definida pela Escola de Chicago, não poderia jamais ser o objetivo último do sistema jurídico” (p. 40).

⁵² Sobre o desenvolvimento da Escola ordoliberal de Freiburg e a importância que o direito da concorrência assumiu no contexto da Alemanha do pós-guerra, ver SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19 a 22; REICH, Norbert. *Economia y derecho*, p. 38; BERTI, Lapo e PEZZOLI, Andrea. *Le stagioni dell’antitrust: dalla tutela della concorrenza alla tutela del consumatore*. Turim: Egea, 2010, p. 34.

⁵³ Nas palavras de Mestmäcker, “Na Comunidade Econômica Europeia (CEE), o sistema da concorrência perfeita – muito além do tradicional âmbito do direito dos cartéis – pertence aos fundamentos da Constituição. Essa concepção é a consequência política talvez mais importante da noção da possibilidade de conformação jurídica da ordem econômica”. MESTMÄCKER, Ernst Joachim. Poder, Direito, Constituição Econômica, p. 181.

os agentes econômicos no âmbito da Comunidade, que os países não buscariam, por meio do direito nacional, recriar fronteiras econômicas que os signatários do Tratado de Roma haviam se comprometido a derrubar.

É preciso lembrar igualmente que, no contexto do pós-guerra, proliferaram-se na Europa as Constituições garantísticas, com a ampla positivação de direitos de matriz econômica e social. Cresceram as funções do direito e, com elas, o reconhecimento de suas antinomias, lacunas e limitações. O relacionamento com outras ciências, como a economia e a sociologia, torna-se inevitável, o que, todavia, contribui para uma maior complexidade do estudo do fenômeno jurídico e a consequente maior dificuldade da compreensão dos seus limites.⁵⁴

No âmbito europeu, o tema da introdução de concorrência nos setores de infraestrutura adquire relevância especialmente nos anos 90, onde, impulsionados pela legislação comunitária e seus órgãos de aplicação, os Estados começaram a se ver premidos a liberalizar certas atividades, delegar a execução de alguns serviços à iniciativa privada e, nesse contexto, a introduzir parâmetros de concorrência nesses serviços.⁵⁵

Nesse contexto, foi sendo também ampliada a noção da necessidade de uma regulação supranacional, sendo cada vez mais frequentes normas regulatórias comunitárias com pretensões de uniformizar os grandes traços de regulação de setores como energia, gás e transporte. Grande parte dessa regulação é desenvolvida no bojo das direções-gerais que compõem a Comissão Europeia,⁵⁶ e sua aprovação deve sujeitar-se ao princípio da

⁵⁴ Segundo Losano, “com o término da Segunda Guerra Mundial, o direito volta a buscar sua ligação com os valores democráticos: atenua-se o positivismo jurídico, que limitava a análise ao direito, e simetricamente o direito se abre às ciências sociais, como ao *genus* do qual o direito é *species*. (...) A segunda metade do século XX é caracterizada por uma crescente vastidão e pelo caráter abstrato dos sistemas jurídicos, pois os grandes sistemas de pensamento voltam a se ocupar do direito. Porém, esses grandes sistemas já não são os dos filósofos, mas os dos sociólogos, dos linguistas ou dos cientistas: são superteorias que atribuem ao direito um espaço no edifício novamente abrangente (...)”. LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, v.1 – Das origens à escola histórica, pp. vxxxvi e xxxvii.

⁵⁵ Conforme aponta Bertrand du Marais, “durante os anos 90, a exemplo das práticas americanas e britânicas, os instrumentos para um retorno em direção ao mercado vão igualmente colocar-se na Europa. Essa evolução tomará a dupla forma de uma marcha ativa de liberalização de determinados mercados, por iniciativa da Comissão de Bruxelas, e da aplicação contenciosa do direito da concorrência pela Corte de Justiça das Comunidades Europeias. A virada do século XX é, portanto, marcada por essa penetração do princípio da concorrência na esfera pública”. *Droit publique de la régulation économique*. Paris: Presses de Science Po/Dalloz, 2004, p. 2.

⁵⁶ Conforme PEPE, Vincenzo. *Il processo di istituzionalizzazione delle autorità indipendenti: l'antritrust*. Milão: Franco Angeli srl, 2005, p. 113. O autor esclarece que a dinâmica político-decisória no âmbito da Comissão Europeia dificulta que as agências reguladoras de âmbito comunitário possam ter realmente um papel decisório, desempenhando, no mais das vezes, um caráter técnico-orientador.

proporcionalidade sempre que pretenda estatuir alguma restrição ao princípio da livre concorrência que, como visto, constitui pilar fundamental de organização da União Europeia.⁵⁷

1.4 O mercado como instituição econômica e jurídica

As considerações acima tecidas permitem-nos constatar que ao longo do último século o direito ampliou suas funções, adentrando as searas econômica e social e passando a desempenhar relevante papel no controle das instabilidades, ao mesmo tempo em que busca conservar sua autonomia e unidade.⁵⁸

Como visto, a presente investigação encontra-se centrada nos setores de infraestrutura que têm em comum as características de monopólio natural e estruturação em rede, além, logicamente, da sua relevância para a sociedade, pois geralmente estão atrelados à prestação de serviços públicos ou a atividades econômicas estratégicas.⁵⁹

Do ponto de vista econômico, em mercados que se caracterizam por serem monopólios naturais o estado da arte tecnológico faz com que os elevados custos fixos e afundados levem ao seu funcionamento mais eficiente na presença de um só agente

⁵⁷ Nesse sentido, KOHL, Michal. Constitutional limits to anticompetitive regulation: the principle of proportionality. In LAUDATI, Laraine; AMATO, Giuliano (ed.). *The anticompetitive impact of regulation*. Cheltenham: Edward Elgar, 2001, p. 419.

⁵⁸ Nas palavras de Celso Campilongo: “o direito moderno mantém elevada interdependência com os demais sistemas (p.e., econômico, político, científico, etc.), e é sensível às demandas que lhe são formuladas por esse ambiente (abertura cognitiva); entretanto, só consegue processá-las nos limites inerentes às estruturas, seleções e operações que diferenciam o direito dos demais sistemas (fechamento operativo). Dessa perspectiva, o sistema jurídico é um só, pouco importando se as cadeias normativas são múltiplas, não-hierarquizadas, informais ou produzidas em diferentes contextos. Essa unicidade decorre da função do direito e não da arquitetura do sistema normativo. A globalização demanda novas diferenciações no interior do sistema jurídico, mas não é capaz de corromper sua função”. CAMPILONGO, Celso Fernandes. Teoria do direito e globalização econômica. In: SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 80.

⁵⁹ Conforme anota o Órgão das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento – UNCTAD, “os governos tendem a desenvolver extensa e abrangente gama de normas aplicáveis particularmente aos principais serviços de infraestrutura. Essas indústrias, também referidas como ‘public utilities’ ou ‘serviços públicos’, incluem atividades cujo consumo é indispensável para o desenvolvimento de meios de vida modernos ou que provêem inputs essenciais a várias partes da economia da nação, tais como eletricidade, gás, produção e distribuição de água, gerenciamento de resíduos sólidos, telecomunicações, televisão a cabo, distribuição postal e transporte público (por ar, rodovia ou ferrovia)”. UNCTAD. *Model law on competition*. Genebra: Nações Unidas, 2004, p. 53.

ofertante. Dados os elevados custos fixos afundados (a infraestrutura), o custo médio de produção é superior ao custo marginal, de modo que o seu ponto de equilíbrio ocorre quando o agente econômico pode repartir o custo de produção por todo o mercado consumidor e, assim, o preço eficiente desse mercado é aquele equivalente ao custo médio de produção.⁶⁰ Trata-se, assim, de mercados que fogem à regra geral de que quanto mais concorrência maior o ganho de bem-estar social, traduzido na oferta de maior quantidade do bem ou serviço a preço menor.⁶¹

Um ponto a se ressaltar é que a caracterização de um mercado como monopólio natural depende “do tamanho da quantidade ofertada na qual os custos médios são minimizados relativamente ao tamanho total do mercado”, pois, caso haja “demanda suficientemente elevada, a indústria não será mais um monopólio natural”.⁶² Por outro lado, a tentativa de se introduzir concorrência em mercados que sejam verdadeiramente monopólios naturais poderá levar a “um caos técnico e um desperdício econômico”.⁶³ Basta imaginar várias redes de distribuição de energia elétrica (com seus postes, fios e transformadores) sobrepondo-se nas vias públicas de uma cidade.

⁶⁰ Essa constatação pode ser realizada também a partir da teoria dos mercados contestáveis, a qual “sustenta que o nível de custos afundados (custos que são despendidos e não recuperáveis), e não a existência de economias de escala e o elevado custo fixo, é o principal obstáculo a potenciais entrantes. Baixos custos afundados reduzem as barreiras à entrada e aumentam o nível da concorrência potencial”. SULLIVAN, E. Thomas; HARRISON, Jeffrey L. *Understanding antitrust and its economic implications*. 4th ed. Newark: LexisNexis, 2003, p. 82. Conforme esclarece Fábio Nusdeo, o mercado que consiste em um monopólio natural é “aquele que normalmente leva à existência de um único ofertante de um bem ou serviço em virtude de condições de caráter técnico”. NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: RT, 2000, p. 270. Por essa razão, “o equilíbrio acontece com a existência de apenas um ofertante. Qualquer configuração diferente desta é menos eficiente. Ocorre, essencialmente, em setores de infraestrutura e de serviços tradicionalmente fornecidos pelo setor público”. PEREIRA, Edgard Antonio e LAGROTERIA, Eleni. Leilões ou regulação: onde está o monopolista? In PEREIRA, Edgard; LAGROTERIA, Eleni e LEAL, João Paulo G. *Regulação e concorrência: estudos e pareceres econômicos*. São Paulo: Singular, 2004, p. 190. Para uma visão profunda sobre o tema dos monopólios naturais e outras questões associadas à regulação da atividade econômica, inclusive com estudos setoriais sobre vantagens e desvantagens da regulação, ver BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

⁶¹ De fato, no mercado em concorrência perfeita, o preço é “função do mercado”, pois emerge do resultado das inúmeras relações de troca observadas entre agentes igualmente informados e sobre produtos considerados homogêneos. Isso significa que nenhum agente econômico tem condições de influenciar o preço a ser pago pela aquisição do produto ou serviço, que será resultante da interação dos milhares de produtores e adquirentes atuantes no mercado (atomizado).

⁶² STIGLITZ, Joseph. *Principles of microeconomics*. 2^a Ed. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, Inc., 1997, p. 352.

⁶³ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia*, p. 270.

O presente trabalho analisa vários setores que apresentam problemas de monopólio natural, procurando discutir qual o papel a ser desempenhado pelas instituições regulatórias e de defesa da concorrência na disciplina desses mercados.

Para esse fim, um tema a ser enfrentado, ainda nessa fase inicial, é o conceito de mercado que será utilizado em nossa análise.

Segundo Maria Rosaria Ferrarese, o vocábulo “mercado” possui ao menos quatro distintas acepções: pode ser um lugar, uma ideologia, um paradigma de ação social ou, ainda, uma instituição.⁶⁴

A visão do mercado como lugar compreende o local em que se realizam as transações economicamente apreciáveis;⁶⁵ a ideológica associa-o à liberdade individual;⁶⁶ a de ação social atrela-o a uma determinada forma de ordenação da vida em sociedade,

⁶⁴ Santi Romano define “instituição” como “todo ente ou corpo social”, esclarecendo ainda, como suas características, o fato de que a instituição “é uma unidade fechada e permanente que não perde a sua identidade devido a alterações dos indivíduos que são seus elementos, das pessoas que dela fazem parte, do seu patrimônio, dos seus meios, dos seus interesses, dos seus destinatários, das suas normas e assim por diante. Ela pode se renovar conservando de modo imodificado a sua própria individualidade. Disso advém a possibilidade de considerá-la como um corpo isolado sem identificá-la com o que pode vir a ser necessário para lhe dar vida, mas que, dando-lhe vida, se amálgama nela”. ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 83 e 87. De uma perspectiva objetiva, Monica Raiteri refere-se às conceituações clássicas de instituição como sendo “regras do jogo”, “regras constitutivas da sociedade” ou, ainda, “processos organizados e estáveis”. RAITERI, Monica. *Diritto, regolazione, controllo*. Milão: Giuffrè Editore, 2004, p. 222. Para uma discussão sobre o significado de “instituição”, ver SZTAJN, Rachel e AGUIRRE, Basilia. Mudanças institucionais. In: ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel *Diritto e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 228 e NORTH, Douglass. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. Norbert Reich alude ao duplo caráter do direito, “que, por um lado, organiza os processos que ocorrem de acordo com as regras de uma economia de mercado, pondo à sua disposição normas e instituições (em especial, o contrato, a propriedade privada, o direito de propriedade industrial, etc.) e que, por outro, converte-se em um instrumento do Estado para exercer sua influência sobre esses processos e, ao mesmo tempo, obter a consecução de determinados objetivos de política social. Assim, pois, o direito resulta desse modo duplamente instrumentalizado: por parte do Estado (social) e por parte dos agentes que atuam no mercado”. *Derecho y mercado*, p. 61.

⁶⁵ Paula Forgioni recorda que, no passado, o direito comercial brasileiro possuía uma definição legal de “praça”. Tratava-se das disposições já revogadas dos artigos 32 e 33 do Código Comercial de 1850: “Art. 32. Praça do comércio é não só o local mas também a reunião dos comerciantes, capitães e mestres de navios, corretores e mais pessoas empregadas no comércio. Art. 33. O resultado das negociações que se operarem na praça determinará o curso do câmbio e o preço corrente das mercadorias. (...)”. Conforme FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: RT, 2009, p. 191. Esta definição do Código Comercial, no entanto, mostra-se ligada à conexão do mercado com “localidade” ou “reunião” de comerciantes.

⁶⁶ “Para os autores que têm uma visão ideológica de mercado, o mercado vem representado como uma inafastável garantia de liberdade para os indivíduos e a liberdade vem apresentada como um inafastável atributo do mercado e, por efeito reflexo, também dos atores sociais que dele participam.” FERRARESE, Maria Rosaria. *Diritto e mercato: il caso degli Stati Uniti*. Turim: G Giappichelli Editore, 1992, p. 32.

apesar das incertezas que são inerentes à pluralidade e à diversidade de seus atores.⁶⁷ Por fim, a ideia de mercado como instituição refere-se ao seu papel de “regulador dos comportamentos e de expectativas de comportamentos”, bem como de “organizador das relações sociais”.⁶⁸ Natalino Irti observa não existir mercado “fora” do direito, pois todo mercado é, em realidade, disciplina jurídica da relação entre sujeitos e seus bens (objeto).⁶⁹

O mercado como instituição, portanto, representa um conjunto de decisões tomadas pela sociedade e formalizadas em normas jurídicas sobre produção e alocação de riquezas⁷⁰, mas não é a única forma possível, não é eterno nem universal.⁷¹ Ao longo da história, observaram-se outras modalidades de produção e alocação de bens que não a economia de mercado, como, por exemplo, as economias planificadas e os regimes

⁶⁷ Maria Rosaria Ferrarese alude ao “paradoxo do mercado”, no sentido de que “este é um universo extremamente móvel, freqüentado por atores sujeitos a incertezas e, ainda assim, ele revela uma inesperada capacidade de ordenação dos comportamentos”. *Diritto e mercato*, p. 61.

⁶⁸ *Diritto e mercato*, p. 61.

⁶⁹ De acordo com Natalino Irti, não existe apenas um mercado, mas tantos mercados quantos são os objetos transacionáveis, de acordo com o direito, cada um deles sempre sujeitos a um feixe específico de normas que incidem sobre cada um, e que o diferencia dos demais: “as normas, sejam nacionais ou comunitárias, não ordenam o mercado, mas uma pluralidade de mercados. A decisão do sistema indica critérios gerais – justo, os princípios da economia aberta e da livre concorrência – que, no entanto, não são idôneos a regular os mercados dos bens singulares, tão grande é o grau de abstração e generalidade. Esses vão sempre referir-se a situações e bens determinados, de modo a percorrer uma escala decrescente de generalidade”. Dessa forma, “os mercados são estatutos normativos, o que não é concebível fora das normas, que, pretendendo discipliná-los, tornam-nos o que são. Se explica, assim, a pluralidade de predicados que, sempre mais imprevisíveis e numerosos, se ajunta a ‘mercado’: financeiro, imobiliário, bancário, e assim adiante.” IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. Roma: Laterza, 2004, p. 34. Por conseguinte, “devemos dizer que há tantos mercados quanto bens, porque todo bem, como objeto de negócios, possui o seu próprio estatuto jurídico (nem há identidade de estatutos nem exclui a pluralidade)” (p. 45). No mesmo sentido, Eros Roberto Grau: “Repito: o mercado – além de lugar e princípio de organização social – é instituição jurídica [= institucionalizado e conformado pelo direito posto pelo Estado]. Sua consistência é função da segurança e certeza jurídicas que essa institucionalização instala, permitindo a previsibilidade de comportamentos e o cálculo econômico”. GRAU, Eros Roberto. Mercado, Estado e Constituição. In NUNES, Antonio José Avelãs e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Diálogos constitucionais Brasil / Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 215.

⁷⁰ “Para poder aceder ao sistema de trocas voluntárias que caracteriza uma economia de mercado, então, os membros da coletividade devem ter resolvido o problema de atribuição do direito de propriedade, seja da definição de um sistema de leis que definam os limites, seja da definição de um sistema de procedimentos que lhe imponham respeito”. COSTABILE, Lilia. Il mercato. In: ACOELLA, Nicola (org.). *Istituzioni tra mercato e Stato*. Roma: Carocci, 1999, p. 29.

⁷¹ Nessa perspectiva, Norbert Reich observa que “o jurista que pense que se deva colocar à disposição dos processos de mercado instrumentos jurídicos para sua organização ou manutenção não pode invocar uma pretensão neutralidade científica do direito. Tampouco atua de forma neutra aquele que pretende transformar o direito em um instrumento para a consecução de política social”. *Derecho y mercado*, p. 62.

feudais.⁷² A própria economia de mercado, por sua vez, não tem uma expressão única e determinada, mas pode apresentar distintas nuances.⁷³

Assim, o direito pode ter um papel proeminente no desenho institucional dos mercados. Conforme observa Berti, “os mercados podem e muitas vezes devem ser desenhados” por meio de normas jurídicas, pois, em algumas situações, “o seu bom funcionamento depende não apenas de uma robusta pressão concorrencial, que constitui, comumente, o ingrediente essencial, mas ainda da presença de algumas outras condições que raramente são determinadas espontaneamente”.⁷⁴

Nessas ocasiões, além das regras concorrenciais ao mesmo tempo limitadoras e garantidoras da liberdade empresarial, poderá ser necessária a inclusão de normas que desenhem o mercado e criem condições para que ele exista (como, por exemplo, normas que, de um lado, confirmem segurança a investimentos de grande vulto e criem um ambiente favorável ao retorno do investimento, e, simultaneamente, exijam produtos e serviços de qualidade, a preços razoáveis; normas que garantam o acesso a redes de infraestrutura como forma de viabilização da existência de concorrência a montante ou a jusante).⁷⁵ A visão do mercado como instituição ressalta o seu aspecto de ser resultado de um conjunto de normas jurídicas que determina a forma de repetição de atos de transação econômica que, com a proteção conferida pelo direito a esses atos repetitivos, confere previsibilidade e estabilidade às relações de produção e de troca.⁷⁶

⁷² COSTABILE, Lilia. *Il mercato*, p. 29.

⁷³ Conforme afirma Roberto Mangabeira Unger, “não existe um modo natural e necessário único no qual uma economia de mercado pode se organizar, e tampouco uma lista fechada de tipos possíveis dessa economia, nem de representação democrática ou sociedade civil livre, ou na verdade de qualquer projeto institucional geral. Todas essas práticas permanecem sujeitas às desarmonias e transformações potenciais da dupla referência”. UNGER, Roberto Mangabeira. *A reinvenção do livre-comércio*. Rio de Janeiro: FGV, 2010, p. 96/97.

⁷⁴ BERTI, Lapo. *Il mercato oltre le ideologie*. Milão: Università Bocconi Editore, 2006, p.181.

⁷⁵ “Todo mercado, na verdade, é ‘desenhado’ pela combinação e, mesmo, pelo contraste entre essas ações conjuntamente voltadas a estabilizar as regras de seu funcionamento. Ainda uma vez, da observação dos mercados na sua concreta operatividade se retira a imagem não de um contraste insanável entre Estado [e, portanto, direito – excerto nosso] e mercado, mas sim entre sua inevitável complementaridade, um tanto difícil e problemática”. BERTI, Lapo. *Il mercato oltre le ideologie*, p. 182.

⁷⁶ “Considerar o mercado de uma perspectiva pós-liberal, portanto, significa, em primeiro lugar, tratá-lo como uma instituição ou como um espaço virtual no qual vêm incluídas as escolhas e postos em série comportamentos que têm como objeto a destinação de recursos econômicos e a repartição de renda, os quais são sobrepostos a um conjunto de regras e de procedimentos claramente delineados e providos de adequada tutela de natureza publicística. Certos mercados podem até nascer apenas da iniciativa de operadores econômicos que definam autonomamente, mediante contrato, as regras do jogo com base nas quais desenvolverão suas transações. Mas se tratará sempre de mercados que dificilmente ter-lhes-ão inerentes as

Embora definir o que seja o mercado se mostre uma tarefa complexa, dadas as múltiplas acepções acima mencionadas, do ponto de vista econômico existe consenso de que esse conceito engloba o conjunto de produtos e serviços considerados substitutos tanto do prisma da oferta quanto da demanda.⁷⁷ Assim, devem ser incluídos no mesmo mercado produtos fabricados ou serviços prestados por diferentes fornecedores que sejam compreendidos, pelos consumidores, como substituíveis entre si.

Em defesa da concorrência, a definição de “mercado” apresenta um conteúdo mais específico, correspondente ao instituto do “mercado relevante”. Esse possui tanto uma dimensão relacionada aos produtos ou serviços considerados substitutos entre si, quanto uma dimensão geográfica, por meio da qual se inquire até onde o consumidor está disposto a se deslocar na busca por esses produtos ou serviços.⁷⁸

Assim, enquanto alguns mercados são locais, outros são regionais, nacionais e mesmo mundiais. Para essa definição são relevantes questões como o preço do produto comparado ao custo da logística de transporte; os hábitos do consumidor; as características do produto (se for perecível, o mercado geográfico tenderá a ser menor); incentivos de autoridades locais à produção ou comercialização; barreiras à entrada de novos agentes.⁷⁹

características de transparência, da compatibilidade com o bem comum, o que quer que se entenda por essa expressão. Mais cedo ou mais tarde funcionarão mal, emergirão resultados não desejados por qualquer das partes envolvidas”. BERTI, Lapo. *Il mercato oltre le ideologie*, p. 178. O direito pode colaborar, ainda, na redução dos riscos associados à ação coletiva, impedindo o uso descontrolado dos bens públicos econômicos (“commons”), ou seja, daqueles bens que, por serem não excludentes e não rivais, ausentes as normas jurídicas, não atraem incentivos para investimentos privados na sua conservação. “A impossibilidade de elaborar uma definição unívoca de ‘instituição’ [favorece] as raízes das concepções funcionalistas, segundo as quais a existência e o particular design das instituições são ‘funcionais’ aos atores sociais, na medida em que permitem (genericamente) resolver os problemas de ação coletiva”. RAITERI, Monica. *Diritto, regolazione...*, p. 230.

⁷⁷ “A maioria dos economistas concorda que a definição ideal de mercado deve levar em consideração as possibilidades de substituição tanto no consumo quanto na produção”. VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR., Joseph E.; VERNON, John. *Economics of regulation and antitrust*. 4ª ed. Cambridge: The Mit Press, 2005, p. 156.

⁷⁸ “O mercado relevante geográfico, para fins antitruste, é uma área geográfica na qual uma empresa pode elevar o seu preço sem que 1) grande quantidade de seus clientes rapidamente se mova para outra fonte de fornecimento fora da área; ou 2) produtores fora da área possam rapidamente inundar essa área com produtos substitutos”. HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy*. St. Paul: The West Group, 1999, p. 113

⁷⁹ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. SP: RT, 1998, pp. 205/206.

Tendo em vista ser “mercado relevante” um instituto típico do direito da concorrência,⁸⁰ para efeitos desta tese será evitado o uso de expressões como “mercado de telecomunicações” ou “mercado de energia elétrica”, preferindo-se fazer alusão a “setores” ou “segmentos” dessas indústrias, pois cada uma dessas atividades econômicas pode ser desdobrada, para efeitos antitruste, em distintos mercados, cujas conformações advêm tanto de investigações de natureza econômica quanto da sua disciplina jurídica.⁸¹ Apenas a título ilustrativo, no setor de telecomunicações o CADE já decidiu que existem mercados relevantes de telefonia fixa e móvel, assim como que o mercado de telefonia fixa local não se confunde com os mercados de telefonia de longa distância nacional e internacional. Cada um desses, para efeitos concorrenciais, constitui um mercado distinto.⁸²

1.5 O papel das normas jurídicas na disciplina dos mercados

Nos ambientes regulados as normas concorrenciais vivem o aparente paradoxo de, além da sua clássica feição restritiva da liberdade (vedação a determinados acordos e práticas comerciais unilaterais), serem regras de fomento à liberdade de iniciativa (ao garantirem o acesso à infraestrutura essencial, por exemplo).⁸³

⁸⁰ O direito brasileiro apresenta uma definição de mercado relevante na Portaria Conjunta SDE/SEAE 50/2001, que aprova o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal: “28. A definição de um mercado relevante é o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos, consumidores e produtores, que efetivamente limitam as decisões referentes a preços e quantidades da empresa resultante da operação. Dentro dos limites de um mercado, a reação dos consumidores e produtores a mudanças nos preços relativos - o grau de substituição entre os produtos ou fontes de produtores - é maior do que fora destes limites. O teste do “monopolista hipotético” (...) é o instrumental analítico utilizado para se aferir o grau de substitutibilidade entre bens ou serviços e, como tal, para a definição do mercado relevante. 29. Definição. O mercado relevante se determinará em termos dos produtos e/ou serviços (de agora em diante simplesmente produtos) que o compõem (dimensão do produto) e da área geográfica para qual a venda destes produtos é economicamente viável (dimensão geográfica). Segundo o teste do ‘monopolista hipotético’, o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento de preços.”

⁸¹ Por exemplo, normas sobre imposto de importação e acesso a redes podem produzir efeitos sobre a definição dos mercados relevantes.

⁸² Para detalhes acerca dos posicionamentos adotados pelo CADE envolvendo o setor de telefonia fixa, ver o capítulo IV adiante.

⁸³ Este paradoxo, de todo modo, não constitui uma peculiaridade dos setores regulados. As normas de promoção da livre concorrência têm por finalidade frear os excessos da livre iniciativa como forma de garantir que essa última possa subsistir. No entanto, nos ambientes regulados essa última feição é ressaltada

Por outro lado, não se pode desconsiderar que a intervenção do direito sobre as relações econômicas pode ser geradora de instabilidades e insegurança jurídica, pois o Estado, com o seu poder de império e condição de monopolista do uso legítimo da força, pode, em tese, utilizar esse poder para privilegiar certos grupos sociais em detrimento de outros: o direito pode realizar escolhas e, assim, incluir e alijar pessoas do mercado.⁸⁴

Outra questão diretamente atrelada ao tema reside em que o sistema político, em nosso país, apresenta atualmente grave crise de representatividade, seja pela baixa possibilidade de agregação dos interesses na sociedade contemporânea, heterogênea e complexa, seja pelas disfunções que se observam na representatividade dos Estados-membros no Congresso Nacional.⁸⁵ Dessa constatação extrai-se a dificuldade de se conferir legitimidade à regulação, seja às leis editadas para permitir a intervenção do Estado sobre a economia, seja, mais ainda, às normas expedidas pelas entidades administrativas setoriais.

pelo fato de que a introdução do princípio da livre concorrência tem uma função conformadora do próprio mercado; a sua incidência nesses setores será um limite à ação do regulador, que deverá se abster de criar normas que, de forma desnecessária, limitem a competitividade em um setor, criem ou reforcem barreiras à entrada.

⁸⁴ Como método de buscar frear excessos e abusos por parte de entidades reguladoras, Eduardo Pinto sustenta a necessidade de responsabilização pessoal dos dirigentes desses órgãos em casos de flagrante mau uso de suas atribuições. O autor insurge-se ainda contra a utilização, pela doutrina, de termos excessivamente fluidos e indeterminados, como “boa-fé”, para excluir a responsabilidade do Estado e dos administradores em decorrência de seus atos no exercício do poder regulador: “normalmente, a doutrina sujeita a decisão do membro da autoridade reguladora, prevista na lei, a critérios gerais de boa-fé, ponderabilidade, proporcionalidade e adequação em vista do fim visado: a defesa do interesse público. Estes conceitos gerais e relativamente indeterminados são de difícil aferição pelo julgador na ampla subjetividade que comporta a sua concretização. Se a isto somarmos a natureza de ‘exclusão da ilicitude’ das normas que legitimam, em nome da eficácia dos poderes fiscalizadores de infrações às regras, a atuação das autoridades reguladoras, as ingerências em posições jurídicas, com tutela de 1º grau, de pessoas e empresas, concluímos pela fragilização jurídica da situação dos regulados”. PINTO, Eduardo Vera-Cruz. A regulação pública como instituto jurídico de criação prudencial na resolução de litígios entre operadores econômicos no início do século XXI. In ALBUQUERQUE, Ruy de; CORDEIRO, António Menezes (coord.). *Regulação e concorrência: perspectivas e limites da defesa da concorrência*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 192.

⁸⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 53. O autor, após citar que o sistema econômico também vivencia uma crise de eficiência, especialmente no setor público, conclui que “somadas, as crises de representatividade e a crise econômica de eficiência resumem-se na perda de racionalidade decisória do Estado brasileiro. Isso equivale a dizer que as contradições de ambos sistemas se retroalimentam continuamente, numa sequência que rompe o equilíbrio dos poderes, produz sobreposições de funções e estruturas na burocracia estatal, fragmenta a lógica de ação do Estado e fabrica um padrão de juridicidade marcado por inconstitucionalidades rotineiras – tanto no plano da produção legislativa quanto na esfera da administração pública – ou pelo recurso às fórmulas bastante heterodoxas de legalidade ‘ad hoc’, como as Câmaras Setoriais, no plano econômico, e os Conselhos de Participação Comunitária, no campo e direito à saúde e dos direitos das crianças” (pp. 53/54).

Não é por outro motivo que, na disciplina jurídico-regulatória dos mercados, ganha relevo institutos que buscam conferir legitimidade à norma por meio do processo a partir da qual esta foi produzida.⁸⁶

Portanto, economia e direito não apenas não são ciências estanques, mas seu diálogo é necessário, constante e inafastável.⁸⁷ Nesse sentido, ressalta Alexandre Aragão que “a relação entre o Estado [nele incluído o direito – excerto nosso] e a economia é dialética, dinâmica e mutável, sempre variando segundo as contingências políticas, ideológicas e econômicas. Inegável, assim, uma relação de mútua ingerência e limitação: o Direito tem possibilidades, ainda que não infinitas, de limitar e de direcionar as atividades econômicas; e estas influenciam as normas jurídicas não apenas na sua edição, como na sua aplicação, moldando-as, também limitadamente, às necessidades do sistema econômico”.⁸⁸

É basicamente sobre um aspecto da relação entre direito e economia que se volta o presente trabalho: a interação entre normas (e instituições) setoriais e concorrenciais na conformação de setores da economia que apresentam problema de monopólio natural.

Apreender a relação entre concorrência e regulação, ou entre as funções desempenhadas pelas autoridades reguladoras e concorrenciais, significa discutir, à luz do direito, a quem estão alocadas determinadas decisões econômicas fundamentais,⁸⁹ tais

⁸⁶ Além das consultas e audiências públicas, podem ser citados, nesse contexto, o aprofundamento do exercício da advocacia da concorrência pela Secretaria de Acompanhamento Econômico e a paulatina introdução de análise de impacto regulatório, no âmbito das agências reguladoras, como mecanismos auxiliares nesse processo de uma perspectiva mais democrática na edição de atos regulatórios, propiciando maior transparência e responsividade das escolhas realizadas pela Administração Pública. Esses institutos serão comentados no capítulo V.

⁸⁷ Rachel Sztajn lembra que “tomando como padrão o *homo oeconomicus* (conceito normativo), pode-se associá-lo à noção do bom pai de família e à de homem ativo e probo, próprias do Direito”. *Law and economics*, p. 79.

⁸⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. In PECCI, Alketa (org). *Regulação no Brasil: desenho, governança, avaliação*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 33. Sobre a influência do direito sobre a economia, sob o prisma da liberdade individual, observou Giorgio Del Vecchio: “como as atividades econômicas são várias, várias podem ser também as medidas e os modos de determinações jurídicas que a essas se aplicam. Pode-se, por exemplo, adotar-se como regra uma larga margem deixada à autonomia individual, ao poder de compra e à liberdade de comércio: até o ponto de tornar possível a um indivíduo e a uma classe mais forte oprimir os indivíduos e classes mais fracas, colocando, assim, em perigo, para as lutas que inevitavelmente surgiriam. De outro lado, pode predominar o conceito de reduzir ao mínimo a iniciativa individual, instituindo, para esse fim, tão numerosos e rigorosos controles: a ponto de abolir, totalmente ou em parte, a propriedade privada, e impedir o exercício da liberdade humana em muitas das suas direções naturais e fecundas. Desses extremos antitéticos vêm os defeitos óbvios”. DEL VECCHIO, Giorgio. *Diritto ed economia. Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, Roma, 1935, p. 35.

⁸⁹ “A ciência do direito lida com situações conflitivas que não podem permanecer em aberto. Seu compromisso fundamental é com a decidibilidade das questões que a práxis jurídica suscita”. RIBEIRO,

como quais condicionantes devem incidir sobre a produção e a oferta de determinados bens e serviços, ou que entidade está em melhor condição de tomar decisões para a boa ordenação do setor, tendo por norte sempre, de um lado, a premissa da escassez dos recursos (premissa econômica) e, de outro, os valores socialmente positivados na forma de normas jurídicas, com especial ênfase às constitucionais.⁹⁰

No momento em que este trabalho é escrito, o mundo ainda vive sob os efeitos das crises ocorridas no início dos anos 2000, e, mais recentemente, em 2008, de modo que a abrangência e as possibilidades de intervenção do Estado e do direito sobre a liberdade econômica estão sendo repensados. Após o apogeu da tese da desregulação amplamente advogada ao longo dos anos 90, especialmente nos EUA, volta-se a defender a relevância de uma participação mais efetiva do Estado na economia, mediante uma regulação mais incisiva.⁹¹

A relação entre concorrência e regulação insere-se ainda no âmbito de um fenômeno característico da segunda metade do século XX e que segue uma tendência até hoje, conhecido como descodificação.⁹² Essa se tornou uma realidade inexorável no século XXI, em que se atenuam as fronteiras entre o direito “público” e o “privado”, e assiste-se ao reconhecimento de que o direito se apresenta fragmentado, com o crescimento dos micro-ordenamentos, que vêm substituir o ideal de unidade e completude dos códigos, que

Mauricio Portugal. O direito contemporâneo e a metodologia de ensino do direito. In: SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, p. 99.

⁹⁰ Segundo Calixto Salomão Filho, “para os teóricos do direito o conhecimento é algo eminentemente valorativo”, o que significa que “os valores de uma determinada sociedade podem influenciar e influenciam dramaticamente o conhecimento que se tem dela”. Assim, “a diferença entre a teoria jurídica e as teorias econômicas do conhecimento está em que para a primeira, diferentemente das últimas, as regras gerais, quando formuladas, não são generalizações de fatos observáveis nas relações sociais e econômicas, mas sim concretização de valores sociais desejados que devem levar em consideração esses fatos.” SALOMÃO FILHO, Calixto. Globalização e teoria jurídica do conhecimento econômico. In: SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, pp. 266/267.

⁹¹ Sobre a primeira crise, ver STIGLITZ, Joseph. *Os exuberantes anos 90: uma nova interpretação da década mais próspera da história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

⁹² Conforme ASCARELLI, Tulio. *Problemi giuridici*, tomo I, p. 58 e ss. Comentando o tema à luz do direito comercial, observa Paula Forgioni: “Desde os anos 60, o Código Civil coloca-se como mero ‘guardião’ de uma ‘parte geral’, ou mesmo o último recurso de que se lança mão para suprir eventuais lacunas de leis especiais. A principal consequência da decodificação vai além da ‘inflação legislativa’ a que se referia Carnelutti, repousando no método de interpretação / aplicação das leis especiais. Suas aparentes lacunas serão colmatadas a partir dos princípios da lei especial, e são erigidas da regra geral do Código”. A autora exemplifica: “a lógica do sistema concorrencial impede que nulidades típicas do direito civil sejam aplicadas a esse microssistema. Um acordo, ainda que nulo sob o prisma do direito civil, será considerado ilícito antitruste caso se mostre anticompetitivo”. FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro*, p. 179.

permeara o direito do século XIX. O surgimento dos ordenamentos setoriais ou microcosmos jurídicos fez com que se passasse a sentir necessidade de se debater como esses se inter-relacionam, e fortalece a concepção de uma Administração Pública pluricêntrica, com diversos centros decisórios não hierarquizados.⁹³

Em síntese, o diálogo entre regulação e concorrência, tema da presente tese, é fruto em grande medida desses fenômenos: crescente complexidade da vida em sociedade; múltiplas relações entre direito e economia ocasionando debates sobre como melhor produzir, alocar e distribuir os escassos recursos sociais; direito fragmentário e repleto de legislações extravagantes potencialmente conflituosas.

De todo modo, a busca de bem-estar social segue sendo função de instituições políticas, econômicas, jurídicas e sociais.⁹⁴ É partindo dessa premissa que, nos próximos capítulos, desenvolveremos uma análise acerca das funções da regulação e da concorrência no ordenamento jurídico, com ênfase no papel desempenhado pelas autoridades de defesa da concorrência em mercados que constituem “monopólio natural”.

⁹³ Sobre o papel de instituições com conformação institucional como a do CADE ou das agências reguladoras e o governo, observou Celso Campilongo que o surgimento dessas entidades faz parte de um modelo que “inventa técnicas que interrompem o circuito de concentração de poder nas mãos do Estado, na verdade, destaca um órgão como o CADE do Executivo e, por exemplo, não impõe ao ministro da Justiça – órgão ao qual o CADE está vinculado – o dever de ir ao Parlamento prestar contas ao Congresso do que faz o CADE. (...) quem deve responder pelos atos do CADE e, eventualmente até perante o Parlamento, é o presidente do CADE, e não o ministro da Justiça”. SALGADO, Lucia Helena (org.). *Marcos regulatórios no Brasil: judicialização e independência*. Rio de Janeiro: IPEA, 2009, pp. 29 e 30.

⁹⁴ Sobre essa interação, Enrico Graziani observa que “instituições eficientes, que abaxem os custos de transação, são encontradas onde o sistema político é dotado de incentivos à criação e tutela dos direitos”. GRAZIANI, Enrico. *Il mercato tra diritto, economia e politica: considerazioni sull'analisi economica del diritto*. Turim: G Giappicheli Editore, 2005, p. 73. No mesmo sentido, Giovanni Bianco sustenta que “o direito público da economia não pode ser fundado na rígida e tradicional figura da dogmática jurídica, mas recorre a técnicas, instrumentos, institutos e categorias capazes de adaptar-se à variedade de processos econômicos nacionais e internacionais, e isso também com relação à noção de planejamento econômico democrático”. BIANCO, Giovanni. *Costituzione ed economia*. Turim: G. Giappichelli Editore, 1999, p. 18 e 19.

II. A regulação setorial entre o direito e a economia

2.1 Regulação da atividade econômica, grupos de pressão e captura

Um trabalho que pretenda abordar o tema da regulação e o papel a ser desempenhado pelas autoridades de defesa da concorrência em setores regulados não pode prescindir de um embasamento teórico acerca de quais são os benefícios – e as preocupações – que emergem da decisão política de se deixar um mercado sujeito única e exclusivamente às agências reguladoras, com a exclusão de atribuições às autoridades de defesa da concorrência nesses setores, ou, ainda, com o afastamento da incidência das normas de defesa da concorrência por qualquer dessas autoridades.

A regulação da atividade econômica é compreendida, para fins da análise que se seguirá, como o conjunto de formas indiretas de intervenção do Estado sobre a atividade econômica – em oposição à intervenção direta, que é aquela do Estado enquanto empresário, isto é, enquanto ofertante de bens e serviços no mercado.⁹⁵

A regulação estatal geralmente está associada à mitigação de falhas de mercado, tais como monopólios naturais, bens públicos (em sentido econômico), externalidades e assimetrias de informação, assim como a aspectos de natureza redistributiva (como, por exemplo, políticas de subsídios cruzados e metas de universalização).⁹⁶

⁹⁵ “A intervenção direta na ordem econômica é o desenvolvimento por meio de uma entidade administrativa de atividades de natureza econômica em competição com os particulares ou mediante atuação exclusiva”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 457. O termo “regulação”, por sua vez, dá ensejo a múltiplas definições, podendo ser considerada “regulação” qualquer forma de controle sobre comportamento. Pode também ser utilizada em oposição a mercado, para referir-se às atividades econômicas do Estado – nacionalização, tributação, subsídios; ou, ainda, para fazer alusão a um controle contínuo e focado, por uma entidade reguladora, de atividades que a sociedade valoriza especialmente. Ver HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. *Law and administration*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 295. Destacando que a regulação seria mais ampla que o conjunto de procedimentos administrativos, Lawrence Friedman observa que “regulação significa coisas distintas em contextos distintos”, pois “pode cobrir todas as tentativas, por parte de autoridades, de controlar comportamentos”. O autor constata, no entanto, que “no coração do debate público está a preocupação com a regulação dos negócios ou, colocado em termos mais restritos, com o comportamento econômico”. De todo modo, “mesmo nesse sentido reduzido, regulação não é o mesmo que direito administrativo ou processo administrativo. Um ponto importante a ser lembrado é que a atividade econômica pode ser regulada pelo Judiciário, por um policial, pelo Presidente ou por um prefeito, tanto quanto ela pode ser regulada por uma agência administrativa”. FRIEDMAN, Lawrence. On regulation and legal process. In: NOLL, Roger G. *Regulation policy and the social science* (ed.). Berkeley: University of California Press, 1985, p. 111.

⁹⁶ OGUS, Anthony. *Regulation: legal form and economic theory*, p. 22. Nesse sentido, o autor observa que “políticas redistributivas podem operar dentro de uma dimensão geográfica ou temporal. Com relação à primeira, percepções de ‘justiça territorial’ sugerem alguma forma de equalização de recursos entre regiões,

Nessa perspectiva, a regulação adota um prisma eminentemente normativo, além, logicamente, das funções de fiscalização, sanção e solução de conflitos entre agentes regulados.

Anthony Ogus aponta que a regulação econômica sobre monopólios naturais constitui um fenômeno relativamente recente; embora algumas formas de restrição legal sobre monopólios já existissem anteriormente em vários países, o controle de preços e qualidade em monopólios naturais está associado aos desdobramentos da revolução industrial, no final do século XIX.⁹⁷

Essas atividades regulatórias iniciais sobre determinados mercados mostravam-se, em muitos casos, “incertas e incoerentes”. Inquéritos instaurados *ad hoc* e publicidade negativa eram técnicas mais usualmente utilizadas no combate a monopólios privados do que a aplicação sistemática de normas jurídicas. Paralelamente, houve uma expansão da titularidade estatal sobre monopólios naturais, que se tornaram sujeitos a procedimentos internos dos governos, muitas vezes de difícil *accountability*.⁹⁸ É dessa mesma época o surgimento da primeira agência reguladora nos Estados Unidos, a *Interstate Commerce Commission* que, criada, em 1887, obteve do Congresso amplos poderes normativos e de fiscalização sobre atividades que pudessem afetar o comércio interestadual, como as ferrovias.⁹⁹

As primeiras teorias desenvolvidas para justificar a intervenção do Estado sobre a atividade econômica, pela via da regulação, calcaram-se no reconhecimento das falhas de mercado.

tipicamente por meio de financiamento ou subsídio de serviços a partir de fundos centralizados”. Já a dimensão temporal tem ao menos duas distintas vertentes: uma relacionada ao ciclo de vida do indivíduo (p.ex., regulação da previdência que obriga à contribuição periódica, para atender ao indivíduo quando esse não mais produz seu sustento) e a vertente intergeracional, relacionada ao legado que a geração presente deixará às futuras (*ob. cit.*, p. 48).

⁹⁷ OGUS, Anthony. Comparing regulatory systems: institutions, processes and legal forms in industrialized countries. In COOK, Paul *et al* (ed.). *Leading issues in competition, regulation and development*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited, 2004, p. 154.

⁹⁸ OGUS, Anthony, *Ob cit.*, *loc. cit.* O autor ressalva, no entanto, que, nos Estados Unidos, grande parte dos monopólios naturais permaneceu privado, em razão da cultura do povo norte-americano contrária à existência de propriedades estatais (p. 155).

⁹⁹ Halliday e Scott comentam que os Estados Unidos têm um histórico pouco comum no que se refere à extensão da delegação de poderes às agências que se seguiu à criação da ICC, tendo essa delegação de poderes normativos às agências reguladoras norte-americanas crescido substancialmente durante a fase do *New Deal*, o que ocasionou questionamentos acerca da legitimidade dessa forma de elaboração de normas. HALLIDAY, Simon; SCOTT, Colin. Administrative justice. In CANG, Peter; RITZER, Herbert. *The Oxford handbook of empirical legal research*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 472.

A existência dessas falhas impediria que determinados mercados funcionassem adequadamente com fundamento apenas nas liberdades de iniciativa e concorrência, fazendo-se necessária a intervenção do poder público, através de mecanismos regulatórios impostos aos agentes econômicos pela força cogente do direito, a fim de reduzir os seus efeitos deletérios, tais como exercício de poder de mercado, sobreutilização de bens públicos, seleção adversa.¹⁰⁰

Assim, moveriam a regulação estatal interesses públicos relevantes, razão pela qual os trabalhos que advogaram essa visão foram reunidos sob a alcunha de “Teoria do Interesse Público”, de forte desenvolvimento a partir da década de 1930, a reboque do movimento de intervenção estatal que se seguiu à crise de 1929 e da política do *New Deal* nos EUA. Tratava-se de teóricos que tinham uma visão positiva da regulação, que seria capaz de resolver, ou pelo menos atenuar, os problemas decorrentes das falhas de mercado.¹⁰¹

Todavia, com o passar dos anos foram surgindo estudos críticos da regulação, basicamente sustentando que, apesar das boas intenções dos reguladores, esses terminavam capturados pelos anseios do poder econômico, e, assim, promoviam regulação de interesse da indústria, ao invés de discipliná-la.¹⁰² Ou seja, se havia falhas de mercado, também havia falhas de governo.

¹⁰⁰ Arida, após questionar por que normas podem ser editadas na contramão dos benefícios buscados em termos de bem-estar social, alude a três grupos principais de respostas: “(i) a pressão dos grupos de interesse – no jargão dos economistas, a ‘captura’ do Estado por interesses privados; (ii) distorções no processo de representação que fazem com que os parlamentares votem em desacordo com as preferências de seus eleitores; e (iii) a ignorância do legislador quanto aos efeitos econômicos das normas que promulga”. ARIDA, Persio A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma, pp. 67 e 68.

¹⁰¹ Essa teoria também ficou conhecida como “positiva” ou “normativa”. Como explicam Levine e Forrence, “a teoria clássica do interesse público é simultaneamente uma teoria positiva, sobre o que motiva os elaboradores de políticas públicas, e é também uma teoria normativa, sobre o que deveria motivá-los”. LEVINE, Michael e FORRENCE, Jeniffer. Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis. *Journal of Law, Economics, & Organization*, Oxford, Oxford University Press, v. 6, Special Issue: [Papers from the Organization of Political Institutions Conference, April 1990] (1990), p. 168.

¹⁰² Uma breve explicação desse fenômeno é encontrada na seguinte passagem de COOK *et al*: “tradicionalmente os governos têm regulado por uma série de razões. Algumas dessas razões são agrupadas sob a denominação de ‘falhas de mercado’. Mas, como será enfatizado, a regulação pode ser utilizada para outros propósitos mais diretamente relacionados aos estudos do processo político, e em realidade esses podem conflitar com uma análise de falhas de mercado. Essas outras razões são comumente sumariadas sob os títulos de ‘captura regulatória’ e ‘captura política’”. COOK, P., KIRKPATRICK, C., MINOGUE, M., and PARKER, D. *Leading Issues in Competition, Regulation and Development*. Disponível em http://www.competition-regulation.org.uk/publications/crc_books/Leading%20issues.pdf, acesso em 24.10.2008, p. 7. Em 1952, Samuel Huntington escreveu um artigo em que sustentava que as ferrovias vinham tendo êxito em se “utilizar” da regulação formulada pela *Interstate Commerce Commission* para obter legislação que lhes fosse favorável, em relação, por exemplo, às tarifas e a elementos sensíveis no que concerne à concorrência com outros meios de transporte. O autor destacava que a ICC dependia politicamente das ferrovias para manter sua autonomia no âmbito da Administração Pública, em um contexto

Nesse sentido, de uma perspectiva da teoria da democracia, Gary Becker analisou, em 1958, a relação entre maior regulação impositiva por parte do Estado e a defesa da concorrência, observando que, enquanto nos mercados competitivos as decisões fundamentais são tomadas a partir de escolhas individuais dos agentes, no caso de estatização essas decisões são transferidas aos partidos políticos, na arena legislativa. E, partindo do pressuposto de que a democracia política também apresenta falhas, talvez ainda mais graves do que as falhas de mercado, o autor conclui de forma cética quanto aos efeitos de transferir do mercado ao Estado decisões econômicas fundamentais.¹⁰³

De outro prisma, mas apontando para resultado semelhante, Ogus sustenta que, nos Estados Unidos, tendo em vista que os monopólios naturais não foram estatizados, mas permaneceram privados, as autoridades reguladoras tinham de negociar boa parte da regulação com a indústria, até mesmo para obter as informações de que necessitavam para executarem suas funções. Esse fato, segundo o autor, tornou a regulação norte-americana mais dialogada e menos impositiva, o que, por outro lado, suscitou alegações de que haveria captura do regulador pelo poder econômico.¹⁰⁴

em que outras entidades haviam perdido essa característica, e que esse fator podia estar na origem dessa legislação mais favorável. E concluía: “a independência de uma agência reguladora é baseada na premissa de que essa independência a auxiliará a ser objetiva e imparcial. Quando uma agência perde essa objetividade e imparcialidade, tornando-se dependente do suporte de um único pequeno grupo de interesses, obviamente a racionalidade para manter a sua independência cessa, e se torna necessário subordinar essa agência a alguma outra agência que possua uma visão mais ampla e uma base mais ampla de suporte político”. HUNTINGTON, Samuel. The maramus of the ICC: The Commission, the Railroads, and the Public Interest. *The Yale Law Journal*, v. 61., n. 4, abril de 1952, p. 508.

¹⁰³ Nas palavras de Becker: “a transferência de atividades do mercado ao Estado, em uma democracia política, não necessariamente reduz o montante de concorrência, mas efetivamente modifica a sua forma, de uma competição por meio de empresas, para uma competição por meio de partidos. De fato, a concorrência perfeita é tão necessária para uma democracia política ideal quanto para um sistema de liberdade de empresa. Isso sugere que a análise das atividades de uma economia baseada na livre iniciativa pode ser utilizada para a análise das atividades de uma democracia política.” BECKER, Gary. Competition and democracy. *The Journal of Law and Economics*, v. 01 (Out. 1958), p. 106. O autor observa ainda que, “uma vez que cada pessoa tem uma quantidade fixa de votos – ou zero ou 01 – independentemente da quantidade de informação que possua e da inteligência usada para atuar com base nessa informação, e uma vez que as minorias usualmente não são representadas, não é economicamente proveitoso ‘pagar’ para ser bem informado e cheio de ideias sobre questões políticas, ou mesmo, para votar. Um partido eficiente poderá não ter êxito em convencer eleitores suficientes de que ele é um partido mais eficiente do que os demais. [Já] no mercado, as minorias têm ‘representação’ e o número de ‘votos’ que uma pessoa tem está relacionado à sua ‘produtividade proporcional’, de modo que os incentivos para agir são maiores aqui do que no setor político. Portanto, é relativamente fácil para uma firma eficiente sobreviver, pois ela só precisa ganhar o suporte de credores e consumidores que possuam um interesse pessoal direto em tomar decisões inteligentes” (p. 108). Dessa forma, o autor, após questionar se a existência de falhas de mercado justifica a intervenção governamental, conclui que “a resposta deveria ser negativa, se as imperfeições no comportamento do governo fossem maiores do que aquelas do mercado. Pode ser preferível não regular monopólios econômicos e sofrer os seus efeitos deletérios, do que regulá-los e sofrer os efeitos da imperfeição política” (p. 109).

¹⁰⁴ “O pouco gosto dos americanos pela propriedade estatal levou à permanência da infraestrutura [em mãos] privada[s], mas com o controle de preços por parte das agências reguladoras. Essas instituições tinham duas

A captura pode ser explicada pela teoria do principal-agente, segundo a qual em uma relação econômica ou política há uma personagem principal e um agente, que deveria atuar de acordo com os interesses do primeiro. São exemplos de relações principal-agente as de eleitores e governantes, eleitores e legisladores, governantes e burocratas, agência reguladora e iniciativa privada (p.ex., concessionária de serviços públicos).¹⁰⁵

Problemas resultantes da relação principal-agente são observados em razão da assimetria de informações que medeia a relação entre o principal e o agente, sendo, por conseguinte, essencial a busca por mecanismos de *accountability*. As agências reguladoras, com sua autonomia reforçada, representam uma estrutura institucional pensada para reduzir o risco de captura, buscando blindar as instâncias máximas decisórias, em matérias política e economicamente sensíveis, de ingerências político-partidárias de cunho mais imediatistas. No entanto, o arranjo institucional, por melhor que seja a sua concepção, apresenta limitações decorrentes do cenário político e social em que se insere.¹⁰⁶

No início dos anos 70, George Stigler, em seu artigo intitulado “Teoria da Regulação Econômica”,¹⁰⁷ sustentou, em uma visão ainda mais cética da regulação, que, ao

características relacionadas: uma vez que sua principal função era revisar níveis e estruturas de preços propostos pelos fornecedores, elas funcionavam tanto como julgadoras quanto como formuladoras de normas. Além disso, o fato de que comumente estavam lidando com monopolistas; portanto, em uma relação ‘um a um’, algum grau de cooperação por parte das empresas reguladoras seria preciso caso as agências quisessem obter as informações necessárias a um bom processo de tomada de decisão, e algum nível de intercâmbio de pessoal não era desconhecido; tudo isso levou a um conceito de ‘regulação negociada’, muito diferente daquela de comando-e-controle que normalmente está associada [à regulação]. Não por outro motivo havia alegações associadas e evidências de ‘captura regulatória’ e se viam esforços de tentar conter esse fenômeno por meio de rígidas exigências procedimentais”. OGUS, Anthony. Comparing regulatory systems. p. 155.

¹⁰⁵ LUSTOSA DA COSTA, Frederico. *Reforma do Estado e contexto brasileiro: crítica do paradigma gerencialista*. Rio de Janeiro: FGV, 2010, p. 146.

¹⁰⁶ “Informações essenciais sobre processos básicos relativos à produção, apuração de custos, fixação de tarifas e comercialização dos serviços permanecem nas mãos dos prestadores de serviços públicos e, em poucos casos, restritas a círculos fechados da burocracia. Os cidadãos-consumidores não têm conhecimento adequado, diretamente ou através de seus representantes, dessas condições de produção e dos verdadeiros custos/benefícios dos serviços prestados. A teoria supõe que as agências reguladoras, graças a sua maior autonomia, apresentariam um instrumento mais transparente de controle do que as antigas estruturas burocráticas permeáveis a práticas de *rent seeking* por parte das empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Há relações (ou pelo menos deveria haver) do tipo agente X principal (nessa ordem) entre as concessionárias e a agência reguladora, entre a agência e os poderes Legislativo e Executivo e entre as concessionárias e os usuários. Resta saber se, na prática, essas relações se traduzem em *accountability*”. LUSTOSA DA COSTA, Frederico. *Reforma do Estado e contexto brasileiro*, p. 197.

¹⁰⁷ STIGLER, George. Theory of economic regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 1, primavera de 1971, pp. 3-21. Existe tradução para o português: STIGLER, George. Teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: 34, 2004. No mesmo sentido, Keith Hylton lembra que “o Estado é potencialmente o melhor amigo do candidato a monopolista”, pois ele pode “criar e fazer com que sejam observadas barreiras à entrada”. HYLTON, Keith. *Antitrust law: economic theory & common law evolution*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 352.

contrário da tese que era senso comum até então, a regulação da atividade econômica não seria, muitas vezes, sequer elaborada visando ao atendimento de interesses públicos relevantes.

Na visão de Stigler, a regulação era, em regra, “adquirida pela indústria, além de concebida e operada fundamentalmente em seu benefício”,¹⁰⁸ ou seja, os grupos econômicos se apresentavam desejosos de regulação e exerciam influência determinante desde a sua concepção, de modo a “legalizar” a defesa dos interesses econômicos. Assim, a regulação teria sido manipulada, em alguns setores, para normatizar práticas que, do contrário, seriam consideradas cartelizantes ou artificialmente criadoras de barreiras à entrada, em prejuízo à concorrência.

O autor busca demonstrar sua hipótese citando mercados que, apesar de não apresentarem falhas regulatórias graves, acabavam sendo objeto de forte regulação estatal, o que instituiria barreiras artificiais à entrada, propiciando a fixação de preços acima dos níveis competitivos. Exemplos dessa situação seriam as quotas de importação que favoreceriam a indústria petrolífera, as normas sobre transporte rodoviário de cargas e a regulação das profissões liberais.¹⁰⁹

A Teoria da Regulação Econômica e seus desdobramentos nas décadas seguintes deram origem a um forte movimento em favor de um processo de desregulação nos Estados Unidos, cujo ápice foi observado nos anos 90. Se a regulação era sempre custosa¹¹⁰, objeto de *lobby* pelo poder econômico e estava fadada à captura, melhor seria deixar que as forças do mercado dessem conta de produzir e alocar os recursos.

¹⁰⁸ STIGLER, George. Teoria da regulação econômica, p. 23.

¹⁰⁹ É bastante conhecido o texto de Stigler e Friedland, de 1962, em que os autores concluíam que o preço da energia elétrica não tinha variado substancialmente entre Estados norte-americanos, caso se comparassem Estados em que o preço era regulado com Estados em que não havia esse tipo de regulação, o que contradiria a tese de que a regulação de preços seria necessária para se evitar a extração de lucros extraordinários por parte do monopolista, dado que no setor elétrico existe a falha de monopólio natural. STIGLER, George; FRIEDLAND, Claire. What can regulators regulate? The case of electricity. *Journal of Law and Economics*, v. 5, outubro 1962, pp. 1-16. Posner anotou que “como outros homens, os reguladores atuam, em larga extensão, para finalidades egoísticas” (fins individuais). POSNER, Richard. Natural monopoly and its regulation: a reply. *Stanford Law Review*, v. 22, n. 3, (Feb., 1970), p. 545. Comentando os entraves a uma regulação que efetivamente atenda ao interesse público, Posner ressalta a dificuldade de se controlar o regulador.

¹¹⁰ Estudo publicado pelo Banco Mundial menciona que, de um lado, nos Estados Unidos, “o custo total da regulação federal em 1991 foi estimado em \$542 bilhões, ou quase 9.5 por cento do produto interno bruto (PIB), incluindo transferências. O maior componente desse custo eram os procedimentos de regulação - \$ 189 bilhões de gastos anuais relacionados a exigências burocráticas governamentais [“government paperwork requirements”], a maior parte para cumprimento de exigências fiscais”. GUASCH, J. Luis e HAHN, Robert. W. The costs and benefits of regulation: implications for developing countries. *The World Bank Research Observer*, v. 14, n. 1, fevereiro 1999, p. 141. Por outro lado, o estudo sustenta que “os ganhos de bem-estar

De todo modo, faz-se necessário notar que críticas ao texto de Stigler não tardaram a surgir. Mesmo expoentes da Escola de Chicago, como Richard Posner, teceram considerações à visão esposada por Stigler em seu artigo.¹¹¹

Posner observou que a Teoria da Regulação Econômica falha em explicar, a partir da teoria dos cartéis, por que alguns setores são objeto de regulação e outros não. O autor procura demonstrar que se encontra regulação em atividades onde a coesão e a organização esperadas para um cartel são muito difíceis, dados os custos de transação que advêm da grande quantidade de pessoas envolvidas (cita, a título ilustrativo, a regulação das profissões liberais). Em suas palavras, “uma característica que desencoraja a cartelização – um grande número de entes cuja cooperação é necessária para criar e manter um cartel – encoraja regulação. Grandes números têm grande poder eleitoral (e, potencialmente, coercitivo) e também aumentam a probabilidade de uma assimetria de interesses que encorajará ampla participação na coalizão em busca de regulação”.¹¹²

Assim, deveria haver justificativas alternativas ao comportamento “uniforme”, “cartelizado”, dos empresários na busca por regulação, do que sustentar que esse decorria de um pequeno número de agentes econômicos bastante coeso e com interesses comuns.

Além disso, a Teoria da Regulação Econômica desconsidera que a sociedade, ciente do risco de manipulação do processo político na busca por regulação, possa construir instituições capazes de contrabalançar a força do poder econômico, como a presença de um Poder Judiciário independente.¹¹³ Adicionalmente, pode haver grupos

advindos da regulação nos Estados Unidos têm sido substanciais. Ganhos de bem-estar agregados variaram de \$35 bilhões a 46 bilhões por ano (dólar de 1990), dos quais entre \$32 bilhões e \$43 bilhões foram ganhos pelos consumidores a partir de preços menores e melhores serviços, sendo que os produtores ganharam em torno de \$3 bilhões por ano a partir de maior eficiência e custos menores”. (*ob. cit.*, pp. 146/147). Deve-se considerar que este estudo é publicado em 1999, ou seja, antes da grave crise que atingiu importantes empresas americanas no início do século XXI, e que foi atribuída à ausência de uma regulação mais incisiva sobre o dever de informar e contabilizar determinadas operações realizadas por essas empresas. Ver, sobre esta crise, o livro de Joseph STIGLITZ, *Os exuberantes anos 90: uma nova interpretação da década mais próspera da história*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2003.

¹¹¹ POSNER, Richard. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: 34, 2004.

¹¹² POSNER, Richard. Teorias da regulação econômica, p. 64.

¹¹³ No Brasil, poderíamos adicionar ao Judiciário toda uma plêiade de autoridades fiscalizadoras, desde órgãos internos da própria Administração Pública até autoridades externas e independentes, como os Tribunais de Contas e o Ministério Público, com seu poder de requisitar informações e processar judicialmente as agências reguladoras e seus dirigentes em caso de mau manejo da coisa pública. Aliás, em algumas situações o Ministério Público tem atuado até mesmo como regulador de preços, por meio de termos de ajustamento de conduta que limitam margens de lucro ou fixam preços máximos de venda, em atitudes que podem ser questionáveis seja quanto à competência do Ministério Público para realizá-las, seja quanto ao seu efeito prático em termos de tutela da concorrência. Se, de um lado, esses acordos podem evitar aumentos abusivos de preços – uma conduta condenada pelo art. 20, III c/c art. 21, parágrafo único, da Lei 8.884/94 –

organizados de consumidores igualmente capazes de exercer pressão no processo político.¹¹⁴

Ao final de seu texto, Posner sintetiza seis críticas à denominada “Teoria da Regulação Econômica”: (i) ausência de unidade e definição de quais seriam as características que fariam com que os interesses de um grupo prevalecessem sobre os de outros, não havendo diferenças sensíveis entre essa Teoria e qualquer teoria sobre grupos de interesse; (ii) os exemplos utilizados pelos defensores da tese não seriam aleatórios, mas haveria uma seleção (orientada) daqueles setores da economia que fossem capazes de confirmar a tese, que seria, então, apresentada de forma generalizada (em síntese, a pesquisa empírica careceria de sistematicidade); (iii) a teoria não explicaria fracassos regulatórios, ou seja, situações em que a autoridade reguladora falha em fazer cumprir suas próprias determinações: se a indústria fosse quase sempre desejosa da regulação, então por que muitas vezes relutaria em cumpri-la?; (iv) pode haver interesses públicos relevantes na adoção de medidas regulatórias protecionistas;¹¹⁵ (v) os efeitos de uma política regulatória são difíceis de prever, havendo, inclusive, consequências inter-setoriais, donde ser de difícil identificação, *ex ante*, quais mercados se beneficiarão e quais serão prejudicados por uma determinada regulação; e (vi) seria difícil e custoso estimar a qualidade de uma dada legislação, de modo que seriam necessários novos estudos sobre a presença de “fraudes”, antes de se concluir em favor da Teoria da Regulação Econômica.¹¹⁶

de outro, essa intervenção, em um cenário não cartelizado, pode ter o efeito inverso, de uniformizar os preços no limite máximo estabelecido no TAC. Para dois exemplos de TACs reguladores de preços, ver http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/4/docs/tac_combustiveis_preco.pdf (TAC firmado em 2004 pelo MP/GO estabelecendo preço máximo de venda de gasolina, por parte das cidades signatárias, na cidade de Goiânia) e http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/4/docs/tac_cartel_aumento_precos_combustiveis_rio_verde.pdf (TAC estabelecendo margem máxima de lucro que postos de combustível signatários podem praticar no município de Rio Verde/GO, firmado em 2010).

¹¹⁴ POSNER, R. Teorias da regulação econômica, pp. 68 e 69.

¹¹⁵ Nesse tema, Posner, rebatendo um exemplo de Stigler, menciona que talvez a aplicação de um sistema de quotas de importação na indústria petrolífera tivesse por finalidade reduzir a dependência dos EUA do petróleo proveniente de países árabes, o que seria um interesse público relevante, e não apenas beneficiar a indústria interna. Teorias da regulação econômica, p. 64

¹¹⁶ POSNER, R. Teorias da regulação econômica, pp. 70 a 74.

Peltzman,¹¹⁷ por sua vez, sustenta que, embora seja verdade que grupos compactos e bem organizados tendem a se beneficiar mais da regulação (por isso a regulação pende favoravelmente aos produtores), essa será sensível também aos consumidores, de modo a formar uma coalizão dominante.

A política regulatória buscará uma distribuição politicamente ótima de recursos (inclusive com subsídios cruzados), pois o processo regulatório é sensível a perdas de bem-estar, e os diversos segmentos da população (e não apenas o poder econômico) estão aptos a participar do processo político mediante o exercício do direito de voto. Inclusive, em termos numéricos, o grupo de consumidores costuma ser bastante superior ao conjunto de fornecedores (na democracia, a cada cidadão corresponde um voto). Por outro lado, os agentes econômicos são, na maior parte das vezes, os financiadores das campanhas eleitorais, de modo que seria dessas múltiplas interações e interesses que emergiria a regulação.¹¹⁸

Por fim, não se pode desconsiderar que os reguladores também têm uma reputação a zelar e que as agências reguladoras competem por orçamentos públicos, de modo que algum grau de proteção ao interesse público e prestação de contas de suas atividades à sociedade deve ser esperada.¹¹⁹

¹¹⁷ PELTZMAN, S. A teria econômica da regulação depois de uma década de desregulação. In: MATTOS, Paulo (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: 34, 2004. Demonstrando descrença na tese de que, em regra, a regulação seria fadada à captura e, portanto, à defesa dos interesses do poder econômico, Peltzman conclui seu artigo com uma visão mais favorável à Teoria Normativa da Regulação (Teoria do Interesse Público) do que à Teoria da Regulação Econômica de Stigler, assim sintetizando: “Em suma, se a ET [Teoria da Regulação Econômica] superestima a incidência de regulação, a NPT [Teoria Normativa] a subestima. Se existe uma razão que favoreça a NPT como um modelo explicativo geral para a origem da regulação, esta razão está no fato de que subestimar um fenômeno relativamente raro acarreta menos erros do que superestimá-lo”.

¹¹⁸ Gary Becker aponta que a perda de bem-estar social seria um limitador de políticas regulatórias ineficientes, pois os eleitores / consumidores seriam sensíveis à aprovação de legislação / regulação redutora de bem-estar. Além disso, considera que a regulação pode auxiliar na redução de ineficiências, levando à existência de mais riquezas a serem distribuídas. Dessa forma, o processo político tenderá a alcançar modos eficientes de redistribuição e uma regulação mais eficiente. Se a adoção de uma regulação redistributiva subsiste é porque se apresenta menos custosa do que outros mecanismos; do contrário, haverá pressão por sua modificação. BECKER, Gary. A theory of competition among pressure groups for political influence. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 98, n. 3, ago 1983, pp. 371-400.

¹¹⁹ Como comentou Lawrence Friedman, “o clima moral da sociedade é um fato inescapável também para as agências [reguladoras] administrativas. As agências não trabalham em um vácuo”. Após citar que essas entidades são sensíveis às manifestações das cortes judiciais, comitês do Legislativo, analistas de orçamento, a imprensa e o público em geral, o autor conclui: “as influências externas, logicamente, são em grande medida econômicas, elas têm muito mais a ver com frios interesses monetários. Mas nem tudo pode ser analisado dessa forma. Uma agência deseja aprovação e prestígio do mundo exterior, ou, pelo menos, ‘manter-se longe de problemas’”. FRIEDMAN, Lawrence. On regulation and legal process, p. 122.

Sobre as falhas da Teoria da Regulação Econômica e os resultados experimentados com o processo de desregulação que ela ajudou a justificar, merece destaque a visão de Joseph Stiglitz, escreveu um texto bastante crítico do resultado da política de conduzida pelos EUA na década de 90. O autor destaca o papel decisivo que uma regulação bem feita pode ter no desenvolvimento social, ao traçar determinações capazes de conter o exercício do poder econômico:

“A demanda de desregulamentação existia há muito tempo. Quando feita de maneira correta, a regulamentação ajuda a garantir que os mercados funcionem competitivamente. Há sempre algumas empresas que querem tirar vantagem de sua posição dominante. Idealmente, a regulamentação impede que as empresas tirem vantagem de seu poder de monopólio quando a competição é limitada porque há um ‘monopólio natural’, um mercado no qual haveria naturalmente uma ou duas empresas, mesmo que nada se faça para bloquear a entrada ou eliminar os concorrentes. As regulamentações ajudam a conter os conflitos de interesses e as práticas abusivas, de modo que os investidores possam estar confiantes em que o mercado propicia um jogo de iguais e que aqueles que deveriam defender seus interesses realmente o fazem. Mas o lado reverso de tudo isso é que a regulamentação restringe os lucros e, assim, a desregulamentação significa mais lucros”.¹²⁰

O autor desautoriza, com algum sarcasmo, o argumento de que a desregulação propiciaria mais concorrência, beneficiando os consumidores e a sociedade:

“Os lobistas que vinham a Washington não eram economistas, mas apresentavam o argumento econômico tradicional de que a desregulamentação proposta por eles tornaria os mercados mais competitivos e, assim, beneficiaria os consumidores e a sociedade como um todo. Mas isso levantava uma questão: as leis básicas da economia dizem que a competição supostamente gera lucro zero; se os lobistas realmente acreditavam que suas propostas resultariam em intensa competição, por que investiam tanto na tentativa de convencer o governo a adotar essas propostas que presumivelmente reduziriam seus lucros? Tais inconsistências internas pouco incomodavam os lobistas – afinal, eles não eram economistas e talvez não acreditassem nos argumentos econômicos que apresentavam.”¹²¹

Em sentido semelhante a essas críticas, Tony Prosser sustenta que, em realidade, o regulador se encontra “no meio de uma rede de relações, nenhuma das quais pode[ndo] ser assumida como tendo uma prioridade em particular”, de modo que o autor sustenta que “a captura não pode ser considerada ‘um princípio apriorístico’”.¹²²

¹²⁰ STIGLITZ, Joseph. *Os exuberantes anos 90*, p. 112.

¹²¹ STIGLITZ, *ob. cit.*, p. 113.

¹²² PROSSER, Tony. Theorising utility regulation. *The Modern Law Review*, v. 62, n. 2 (Mar., 1999), p. 204.

Especialmente no caso em que uma autoridade é responsável pela regulação de distintas indústrias¹²³ será muito difícil definir um único interesse da indústria, muito menos considerar adequadamente os papéis da força de trabalho e dos consumidores, que podem ser grupos com interesses conflitantes. Até dentro de um mesmo grupo – por exemplo, consumidores – haverá consumidores residenciais e comerciais, donde ser também igualmente possível a existência de conflitos de interesses.

De um lado, Prosser destaca um aspecto positivo, consistente no fato de que esses múltiplos interesses podem se contrabalançar e, nesse sentido, o interesse público pode acabar prevalecendo. Em realidade, como se discutirá adiante, nesta visão o resultado da regulação, em sede administrativa, é condizente com a própria idéia de democracia, na qual os interesses da sociedade são objeto de representação nos parlamentos, que, por sua vez, decidem por maioria e grupos de coalizão.

Embora não seja aqui o local apropriado para se tecerem maiores considerações sobre a democracia e o sistema representativo, um exemplo poderá auxiliar o argumento: se o grupo defensor de penas mais brandas para crimes hediondos obtiver a maioria necessária para alterar as penas hoje previstas em lei, não se poderá acusar o Congresso Nacional de ter sido capturado pelo grupo representante de criminosos. Por outro lado, se for aprovado o agravamento da pena ou exigências mais rígidas para progressão penal, também não se dirá que o Congresso terá sido capturado por um grupo radical contrário ao direito de liberdade dos indivíduos, mesmo daqueles que cometem crimes. Nos limites em que permita a Constituição, será forçoso reconhecer que, tanto em um como no outro caso, terá sido vencedora a tese esposada pela maioria dos representantes do povo no Parlamento, o que constitui a síntese do processo democrático.¹²⁴

¹²³ Como é o caso, por exemplo, da Agência Nacional de Transportes Terrestres, que regula as concessões de rodovias e as concessões de ferrovias.

¹²⁴ Reconhece-se que pode haver distorções no processo de composição da representação congressual, mas isso não afasta o ponto aqui levantado, que é o de discutir, à luz do direito, até que ponto se pode assumir que toda vez que o legislador – ou o regulador – optar por uma solução que beneficie um determinado grupo de interesses, terá havido captura. Além disso, faz-se necessário discutir quem é a autoridade apropriada para efetivar este controle. No âmbito legislativo, ressalvadas as questões de inconstitucionalidade, não seria o caso de haver controle, sob pena de violar-se o princípio da separação dos poderes. No âmbito das autoridades administrativas, é mais aceito que o Poder Judiciário possa controlar se uma determinada decisão foi ou não tomada com base em um juízo de captura, especialmente mediante a construção de argumentos de inconstitucionalidade e ilegalidade baseados em princípios (como eficiência, moralidade e finalidade); por outro lado, poderá ser contra-argumentado validamente que a intervenção do Judiciário, nessas decisões alegadamente tomadas para frear eventos de captura, estaria extrapolando as funções desse Poder, ingressando a corte judicial em campo adstrito à política e à discricionariedade administrativa, em ofensa à separação dos poderes.

De modo análogo, o reconhecimento de ter uma decisão regulatória sido tomada em consequência de um processo de captura também não é simples na maioria das vezes, dada a complexidade dos temas que são analisados, tanto do prisma econômico quanto da perspectiva jurídica.

Prosser, no entanto, admite que realmente existem algumas razões para preocupação no que tange à posição do regulador, dado que não apenas a indústria mas também outros grupos de interesse são igualmente capazes de capturá-lo, inclusive o governo. O autor constata ser possível que “os primeiros estágios do processo regulatório tenham sido subordinados mais à captura governamental do que à captura das firmas, não no sentido de que os reguladores foram pressionados por ministros, mas sim que as principais decisões, em particular todas aquelas relacionadas aos preços iniciais pós-privatização, foram determinadas diretamente pelo governo para atender ao objetivo político de uma privatização bem sucedida”.¹²⁵

Advogando a superação da teoria da captura ou da Teoria da Regulação Econômica, o autor lembra estar bastante em voga a teoria dos grupos de interesse (*stakeholders’ theory*), que considera a complexidade da regulação de um prisma mais amplo. Para além de uma relação bilateral regulador-regulado, essa passa a ser vista como uma teia de relações em que estão presentes a autoridade reguladora, as empresas reguladas, o governo, os trabalhadores, as várias espécies de consumidores, os fornecedores, os potenciais entrantes no mercado.¹²⁶

Essa visão leva à necessidade de se ampliar a *accountability* do regulador para abranger, ao máximo possível, todos os grupos com interesse sobre uma determinada regulação, e aponta para a importância do procedimento na formulação das normas regulatórias.¹²⁷ A limitação desta teoria seria que ela não esclarece quais são os interesses que devem ser considerados e qual o peso que cada grupo de interesses deve ter nas decisões do regulador.¹²⁸

¹²⁵ PROSSER, Tony. *Theorising utility regulation*, p. 204. O autor ainda complementa: “Estou sugerindo que presumir que a captura da indústria seja a única, ou, por hipótese, a mais provável forma de evolução da regulação, é uma drástica simplificação” (*loc.cit.*).

¹²⁶ PROSSER, Tony. *Theorising utility regulation*, p. 206.

¹²⁷ De acordo com Halliday e Scott, o *Administrative Procedure Act*, promulgado nos Estados Unidos em 1948, teria sido uma resposta ao amplo poder normativo atribuído às agências reguladoras. HALLIDAY, Simon; SCOTT, Colin. *Administrative justice*, p. 472.

¹²⁸ PROSSER, Tony. *Theorising utility regulation*, p. 208.

O autor passa então à análise da teoria do direito reflexivo – calcado na relevância do binômio poder / responsividade – para discutir a função da regulação nos dias de hoje: o direito reflexivo confere bastante ênfase à procedimentalização, à construção de institutos que propiciem o diálogo entre os subsistemas além do jurídico, buscando de alguma forma compensar disparidades de conhecimento ou informação.¹²⁹

Em sentido semelhante, apontando os múltiplos agentes interessados na regulação, Patrick Rey observa não ser fácil identificar o principal e o agente nessa relação, pois:

“na prática, o exercício [do poder] regulatório implica haver mais de um principal. De fato, o regulador não é mais que um ‘agente’ a serviço de um principal superior – o governo ou o Parlamento, representando o interesse público da coletividade como um todo. Portanto, o regulador pode estar submetido a pressões de grupos de interesse diversos, a começar pela indústria que ele supervisiona, mas também, se for o caso, à pressão de poderes políticos que, em função do calendário eleitoral, podem ter uma tendência a colocar ênfase no curto prazo. Enfim – e de maneira crescente – a ação do regulador deve se articular com aquelas outras instituições que supervisionam a atividade dos operadores, notadamente, as autoridades de concorrência”.¹³⁰

Dessa forma, muitos são os argumentos que hoje apontam para a superação, ao menos em parte, da Teoria da Regulação Econômica. Paul Teske, por exemplo, observa que “os teóricos economistas de pressão de grupos de interesse não sustentam que um e apenas um grupo de interesse capturará os reguladores, mas que uma balança de interesses externos [à autoridade reguladora] determinará a política. Stigler e outros economistas realmente tratam o governo como uma simples ‘caixa registradora de interesses’ que responde passivamente a demandas das mais fortes coalizões, uma premissa que requer um exame mais cuidadoso”.¹³¹ Ao analisar a regulação das telecomunicações nos Estados Unidos, o autor comenta que esse é um típico mercado em que são tantos os grupos de interesses que nenhum deles será capaz de capturar a autoridade reguladora isoladamente.¹³²

¹²⁹ PROSSER, Tony. Theorising utility regulation, p. 209. No direito administrativo brasileiro, Sergio Guerra propõe que o “princípio da reflexividade” seja referência na tomada de decisões pela Administração Pública. GUERRA, Sergio. *Discrecionariedade e reflexividade*. Belo Horizonte, Fórum, 2009.

¹³⁰ REY, Patrick. Rôle et place des engagements dans les systèmes de regulation. In FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Les engagements dans les systèmes de regulation*. Paris: Presses de Sciences Po et Dalloz, 2006, v. 4, p. 25.

¹³¹ TESKE, Paul. Interests and institutions in State regulation. *American Journal of Political Science*, vol. 35, n. 1 (Feb., 1991), p. 140.

¹³² Comentando as distintas correntes acerca dos benefícios e malefícios da regulação, e sua relevância para a discussão quanto à incidência das normas de defesa da concorrência sobre setores regulados, observa

Não se trata, de modo algum, de negar a enorme contribuição que a Teoria da Regulação Econômica trouxe ao debate, ao alertar para as consequências perversas que podem advir de uma regulação mal-feita, que não preveja mecanismos adequados de proteção contra captura e corrupção dos reguladores. Especialmente em países emergentes, em que geralmente há forte concentração econômica decorrente de questões históricas, onde as fronteiras entre público e privado ainda não estão totalmente definidas¹³³ e a tentação a medidas populistas e imediatistas parece ser maior, a doutrina tem alertado, inclusive, para o risco de captura governamental, que ocorreria quando o Chefe da Administração direta procurasse satisfazer vontades político-partidárias imediatistas em detrimento da boa regulação, entendida como aquela pensada no longo prazo, como política de Estado.

Assim, não se pode ter a ingenuidade de afastar, *a priori*, as preocupações trazidas pela Teoria da Regulação Econômica, subestimando o risco de a autoridade reguladora vir a ser capturada e, desse modo, utilizada para proteção do poder econômico (por exemplo, mediante a aprovação de normas regulatórias que criem barreiras à entrada desnecessárias à proteção do interesse público e afastem a incidência das normas de defesa da concorrência),¹³⁴ bem como subestimando o custo da regulação para a indústria e a sociedade.¹³⁵

De todo modo, face a todos os argumentos acima colacionados – e aos resultados deixados pelo processo de desregulação norte-americano na década de 90 (os exemplos são diversos, mas citamos, por ora, a crise de 2001, já acima referida a partir do texto de

Hylton: “se acreditamos que o Estado geralmente atua de forma infalível para fins de aumentar o bem-estar social, então preferiríamos que o Estado tivesse um elevado grau de liberdade para regular, sem submissão dos beneficiários da regulação à responsabilidade concorrencial. Por outro lado, se acreditamos que a regulação estatal, ao invés de ser motivada por questões de interesse público, é frequentemente motivada pela busca de maximização de renda dos grupos privados [*rent-seeking*], então deveríamos preferir estreitar a zona na qual os beneficiários da regulação podem escapar da responsabilidade antitruste. Este é o familiar conflito entre [as escolas] do ‘interesse público’ [*‘public interest’*] e da escolha pública [*‘public choice’*]”. HYLTON, Keith. *Antitrust law: economic theory & common law evolution*, pp. 375/376. A mesma discussão é encontrada em CROLEY, Steven. *Regulation and public interests: the possibility of good regulatory government*. Princeton: Princeton University Press, 2008, capítulo 3.

¹³³ A dificuldade de diferenciação entre público e privado no Brasil é analisada em SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

¹³⁴ A regulação técnica, por exemplo, ao disciplinar as exigências de certos equipamentos, pode colaborar para a promoção da concorrência, sem prejuízo da segurança do produto, ou para postergar a criação de um ambiente competitivo, criando barreiras desnecessárias à entrada, a depender de seu teor.

¹³⁵ Como lembra Gaspar Ariño Ortiz, “o risco da regulação não é outro senão o risco da discricionariedade, da arbitrariedade, da parcialidade ou da falta de credibilidade do regulador”. ORTIZ, Gaspar Ariño. *Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general*. Navarra: Thomson, 2007, p. 211.

Stiglitz, e a de 2008, que abalou os sistemas financeiros em proporções mundiais) – há de se reconhecer que a regulação tem um papel relevante a desempenhar, em termos de tutela do interesse público.

2.2 Regulação, concorrência e monopólios naturais

Especialmente nos setores de infraestrutura com falhas relacionadas à presença de monopólios naturais, que são o foco da investigação proposta, a relação entre regulação e concorrência apresenta ainda maior complexidade, haja vista que, embora a presença da rede física implique em custos afundados elevados e retornos de escala crescente e, assim, leve à inviabilidade (econômica) da sua duplicação, os serviços explorados a partir dela podem, muitas vezes, mostrar-se competitivos.

A regulação dos monopólios naturais justifica-se tanto para se evitar que o monopolista detentor da infraestrutura possa abusar da sua posição dominante em detrimento dos consumidores (por exemplo, mediante restrição da oferta ou prática de preço supracompetitivo), como para impedir o ingresso de novos agentes econômicos que, necessitando duplicar a infraestrutura, farão o mercado atuar de forma ineficiente, em escala subótima.¹³⁶ Nesse sentido, uma técnica de regulação que se tornou comum nesses casos exige a separação da titularidade ou operação da rede da prestação de serviços a partir da rede.¹³⁷

Além disso, também se observou uma prática de separação regulatória entre os segmentos da indústria caracterizados como monopólios naturais e aqueles que podem ser regulados da perspectiva concorrencial. Contudo, essa técnica pode não ser, em alguns casos, a solução mais eficiente.

¹³⁶ POSSAS, Mario Luiz; FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz. Defesa da concorrência e regulação em setores de infraestrutura em transição, p. 191. Os autores lembram ainda que a regulação também pode evitar, na hipótese de o monopólio ser explorado por uma única empresa estatal, os problemas de gestão e governança que geralmente são associados à titularidade pública de atividades econômicas (como a politização do serviço).

¹³⁷ “Problemas de política pública particularmente difíceis podem surgir em indústrias nas quais coexistem atividades monopolísticas e atividades potencialmente competitivas, porque [nesses casos] as decisões regulatórias podem ter uma maior influência sobre a concorrência”. VICKERS, John. Concepts of competition. *Oxford Economics Papers*, New Series, v. 47, n. 1 (jan 1993), p. 18. O autor cita como exemplo a separação entre infraestrutura de redes e prestação de serviços observada na regulação das ferrovias britânicas.

De um lado, a integração vertical de indústrias de rede permite o aproveitamento de economias de escopo e de escala no mercado *downstream*. Adicionalmente, nas indústrias de rede o valor do serviço prestado cresce com a expansão da demanda, isto é, uma rede é tão mais valiosa quanto maior a quantidade de usuários.¹³⁸ São comumente lembradas como justificativas para a integração vertical a redução de custos de transação, especialmente quando há necessidade de investimentos em ativos específicos e, assim, um maior incentivo ao fluxo de informações entre agentes econômicos inicialmente independentes.¹³⁹

Por outro lado, o risco associado à detenção simultânea, por um mesmo agente econômico, de sucessivos segmentos da cadeia produtiva é que ele busque monopolizar o segmento competitivo por meio de criação de dificuldades de acesso à infraestrutura essencial. Observa-se, nesses casos, aumento do grau de dependência do concorrente verticalmente relacionado, pois, para competir, talvez ele tenha que ingressar em dois mercados simultaneamente.

Assim, essa dupla dimensão das integrações verticais em indústrias de rede demonstra a complexidade de se estabelecer políticas públicas nesses setores da economia,¹⁴⁰ havendo, de todo modo, quem sustente que os riscos associados à integração vertical são maiores dos que os relacionados à desverticalização, devendo o regulador adotar uma postura favorável a essa última, em uma espécie de presunção (relativa) de que a desverticalização, em regra, gera maiores ganhos de bem-estar do que a verticalização.¹⁴¹

¹³⁸ Trata-se de fenômeno conhecido como externalidades de rede. Ver, a esse respeito, BIGGAR, Darryl. When should regulated companies be vertically separated? In LAUDATI, Laraine; AMATO, Giuliano (ed.). *The anticompetitive impact of regulation*. Cheltenham: Edward Elgar, 2001, p. 173.

¹³⁹ BIGGAR, Darryl. When should regulated companies be vertically separated?, p. 180.

¹⁴⁰ VICKERS, John. Competition and regulation in vertically related markets. *The Review of Economic Studies*, v. 62, n. 1 (jan 1995), p. 2. A partir de um modelo matemático, o autor sustenta que, em determinadas situações, permitir que o agente monopolista (detentor da rede) possa também acessar o mercado verticalmente desregulado (*downstream*) pode produzir melhores resultados, em termos de bem-estar social, do que a sua proibição, a depender da sensibilidade das firmas ao preço de acesso e da demanda existente. No mesmo sentido, Possas *et al* observam que “estratégias de diversificação e integração vertical, envolvendo ou não alianças estratégicas, fusões e aquisições, têm reconhecidamente determinantes outras que não a elevação de lucros futuros através da imposição de dificuldades a concorrentes efetivos ou potenciais”, citando, em seguida, o aprendizado tecnológico dentro das firmas, que permite a sua utilização em outros mercados; a redução dos custos de transação; e a sinergia gerada a partir da troca de informações e conhecimentos que, por vezes, somente uma integração vertical será capaz de proporcionar. POSSAS, Mario Luiz; FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz. Defesa da concorrência e regulação em setores de infraestrutura em transição, pp. 198/199.

¹⁴¹ Nesse sentido, BIGGAR, Darryl. When should regulated companies be vertically separated?, pp. 185 e 186. O autor sustenta ainda que “muitas das potenciais eficiências em custos podem ser pelo menos parcialmente exploradas por meio de arranjos contratuais entre firmas separadas. Uma compreensão dos

Além da desverticalização, a regulação de monopólios naturais, em alguns setores, trabalha com a ideia de criação de regimes regulatórios assimétricos, em que um mesmo serviço pode ser prestado simultaneamente, por dois ou mais agentes, como serviço público e como atividade privada regulamentada.¹⁴²

Dessa forma, a boa regulação deve ser capaz de tomar decisões que maximizem o bem-estar social, em um cenário de complexos e imbricados interesses. Estudar o tema da divisão de competências entre autoridades reguladoras e concorrenciais mostra-se, assim, de grande relevância para se evitarem os riscos deletérios da má regulação, que tem potencial para criar barreiras artificiais à entrada, estimular a concentração e a criação de poder econômico e, com isso, retardar o processo de desenvolvimento socioeconômico.¹⁴³

Passamos, então, a discutir o papel da entidade reguladora e da autoridade concorrencial no contexto das indústrias que apresentam, em alguma de suas etapas, um monopólio natural.

2.3 Competências regulatórias e concorrenciais: aproximações e distinções

O presente tópico analisará a divisão de competências entre autoridades reguladoras e concorrenciais no que tange à aplicação da legislação de defesa da concorrência. Essa discussão não se confunde com os limites do que pode ser decidido, no mérito, por uma e outra entidade, após ter-se definido as respectivas competências, o que será feito, em especial, nos capítulos IV e V.

custos da separação, portanto, requer uma comparação entre os custos de eficiência atingíveis por meio da integração *versus* aquelas que podem ser atingidas por meio de arranjos contratuais” (p. 178).

¹⁴² No direito brasileiro, essa espécie de regulação foi adotada na telefonia fixa, havendo operadoras que prestam atividade em regime público e outras que atuam em regime privado. No entanto, para Gaspar Ariño Ortiz, “não se devem mesclar os dois modelos: o concessional e o modelo de liberdade de empresa. (...) A confusão de ambos os sistemas – liberal e concessional – é o pior dos mundos, não apenas para o empresário (que nunca sabe onde está) mas também para o usuário (que receberá um serviço cada vez pior)”. ORTIZ, Gaspar Ariño. *Empresa pública, empresa privada, empresa de interes general*, p. 220.

¹⁴³ É preciso evitar, ainda, que a utilização demasiada, pelo legislador e pelos reguladores, de conceitos jurídicos indeterminados leve à abertura de excessivos espaços para exercício de competência discricionária. Nas palavras de Eduardo Pinto: “não basta, além dos limites internos fixados na lei, limitar a atuação das autoridades reguladoras dotadas de poderes públicos com a observância de princípios genéricos, de aferição casuística, como os da boa-fé, proporcionalidade, razoabilidade, necessidade, ou outros de idêntica natureza”. PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *A regulação pública como instituto jurídico de criação prudencial na resolução de litígios entre operadores econômicos no início do século XXI*, p. 198.

Autoridades reguladoras e concorrenciais têm objetivos gerais semelhantes, atrelados a “preços baixos e economicamente eficientes, inovação e métodos eficientes de produção”.¹⁴⁴

Seus instrumentos, no entanto, são bastante distintos: enquanto as autoridades de regulação econômica costumam agir por meio de um controle direto sobre preços, quantidades, acesso ao mercado (condições de entrada e saída) e qualidade dos serviços prestados, os órgãos de defesa da concorrência almejam promover tais finalidades de forma indireta, por meio “da preservação de um processo que tende a efetivá-los”.¹⁴⁵

A regulação tem, assim, uma abrangência mais ampla, já que possui aspiração redistributiva¹⁴⁶ e conformadora de novos mercados, enquanto a tutela da concorrência encontra-se normalmente associada à repressão a desvios praticados por agentes econômicos com posição dominante no mercado. São funções típicas da regulação a definição de pautas de comportamento, a transmissão de informações que facilitem a orientação dos agentes e a persecução de objetivos de políticas públicas, tais como a exigência de padrões mínimos de qualidade e segurança no fornecimento de determinados bens e serviços, a imposição de metas de universalização, além de, em situações limites, poder vir a substituir o mercado na definição do preço a ser cobrado pelo ofertante.¹⁴⁷ À entidade regulatória pode competir, inclusive, a disciplina de incentivos do setor no que tange ao aspecto concorrencial.¹⁴⁸

A defesa da concorrência, por sua vez, associa-se mais à proteção do processo dinâmico do funcionamento do mercado e, apenas nessa perspectiva, possui uma finalidade

¹⁴⁴ SULLIVAN, E. Thomas; HARRISON, Jeffrey L. *Understanding antitrust and its economic implications*. 4th edition. Newark: LexisNexis, 2003, p. 81.

¹⁴⁵ SULLIVAN, E. Thomas; HARRISON, Jeffrey L. *Understanding antitrust and its economic implications*, p. 81.

¹⁴⁶ Nesse sentido, SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa*, p. 56.

¹⁴⁷ GARCÍA-MORATO, Lucía Lopez e ORTIZ, Gaspar Ariño. *La competencia en sectores regulados*, p. 9; DUTRA, Pedro. Concorrência em mercado regulado: a ação da ANP. In _____. *Livre concorrência e regulação de mercados*. Rio de Janeiro: renovar, 2003, pp. 285/287.

¹⁴⁸ “Desse modo, a ANATEL ao incentivar a competição pode adotar medidas gerais para o setor e, certamente, planejar assimetrias regulatórias que cumpram esse objetivo” [de incentivo à concorrência]. Voto do Conselheiro-Relator Vinicius Marques de Carvalho no Ato de concentração 08012.005789/2008-23 e 53500.012477/2008, Requerentes Telemar Norte Leste S.A. (“Oi”), Brasil Telecom S.A. (“BrT”) e outros, j. em 20.10.2010.

(não desprezível, logicamente) de melhor alocação dos recursos escassos e alguma redistribuição entre fornecedores e adquirentes.¹⁴⁹

Segundo alguns autores, a entidade reguladora, devendo densificar um conjunto de finalidades públicas mais amplo, teria, por vezes, de sopesar valores e escolher, dentre eles, qual iria prevalecer. Nesse processo, o valor “concorrência” poderia vir a ser, em algumas ocasiões, sacrificado.¹⁵⁰

Por outro lado, a entidade de defesa da concorrência, tendo uma competência transversal sobre a generalidade dos setores (regulados e não regulados) da atividade econômica, seria menos propensa à captura.¹⁵¹ O regulador seria mais suscetível a deixar-se influenciar por interesses imediatistas (p.ex., preços mais baixos no curto prazo) em detrimento de uma política pública de mais longo prazo (como fomentar um maior potencial de inovação). A partir dessa ilustração Laguna de Paz¹⁵² sustenta que “a regulação de preços pode derivar assim de ineficiência, dificultando que os operadores realizem investimentos mais produtivos”. No limite, pode vir a ser um entrave ao processo de inovação.

Além disso, a regulação tenderia a se perpetuar, mesmo quando o avanço tecnológico já não justificasse medidas tão intervencionistas, inclusive porque o regulador deseja preservar a sua função e manter o seu cargo. Assim, dificilmente o regulador será partidário de uma política que busque reduzir suas competências, substituindo-as pela atuação unicamente da entidade concorrencial. Seria uma espécie de reserva de mercado do regulador.

¹⁴⁹ Como afirma Pedro Barros, comentando o tema da perspectiva das instituições portuguesas, “a Autoridade da Concorrência, pela natureza das suas funções procura defender o processo concorrencial, e não alcançar um objetivo específico para cada mercado. Assim, se um objetivo não econômico não é plenamente alcançado pelo bom funcionamento do mercado, a intervenção da entidade reguladora setorial apresenta maior capacidade de alcançar esses objetivos do que a atuação da Autoridade da Concorrência”. BARROS, Pedro. *Relação entre autoridade da concorrência e autoridades setoriais*. In: SOARES, António Goucha e LEITÃO, Maria Manuel (coord.). *Concorrência – estudos*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 165.

¹⁵⁰ GARCÍA-MORATO, Lucía Lopez e ORTIZ, Gaspar Ariño. *La competencia en sectores regulados*, p. 337.

¹⁵¹ *Ob. Cit., loc. cit.*

¹⁵² LAGUNA DE PAZ, *Servicios de interés económico general*, p. 101. No mesmo sentido, Biggar observa que “uma das primeiras razões para a existência de uma agência independente de defesa da concorrência é permitir que ela tome decisões sensíveis, em um ambiente controvertido, de forma não-política”. *When should regulated companies be vertically separated?*, p. 187.

Deve-se adicionar a esse risco a argumentação já acima mencionada de que aqueles segmentos de agentes econômicos que se beneficiam da regulação anticompetitiva geralmente estão dispostos a investir recursos na sua manutenção, o que pode dificultar a própria tomada de consciência por parte do regulador.

Por outro lado, não deixa de ser relativamente contraditório que essas consequências possam ser atribuídas justamente à entidade que tem por função promover diretamente a livre concorrência nos mercados que apresentam graves falhas, mediante exercício de poder normativo e o emprego dos mais distintos instrumentos (assimetria regulatória, imposição do dever de acesso à rede, etc.). De fato, uma das principais funções das entidades reguladoras é promover práticas e políticas diretas de promoção da competição em mercados que, em princípio, poderiam ser a ela hostis. As autoridades de defesa da concorrência, por outro lado, têm um papel indireto de tutela da liberdade de concorrência, ao prevenir e reprimir o abuso do poder econômico.¹⁵³

Por isso mesmo, geralmente o âmbito de discricionariedade do regulador – especialmente na sua função de conformador do mercado (o que se desenvolve especialmente por meio do exercício de função normativa), apresenta-se bem mais amplo do que o da entidade de defesa da concorrência, cuja vocação e funcionamento aproximam-se aos de um tribunal (administrativo), realizando a adjudicação das normas de defesa da concorrência. Não lhe compete “ditar condutas às empresas”.¹⁵⁴

Ainda em decorrência dessa distinção, costuma-se aludir a que a regulação tem uma feição mais prospectiva, atuando o regulador *ex ante*, enquanto a entidade concorrencial reprime o abuso do poder econômico, uma vez que o ato empresarial já foi praticado (portanto, *ex post*). Essa divisão, contudo, não é isenta de ponderações, tanto porque a análise de atos de concentração representa uma competência *ex ante* em matéria de defesa da concorrência como porque a sedimentação de entendimentos de autoridades concorrenciais (por exemplo, mediante edição de súmulas) certamente age no sentido de inibir futuras práticas e tem, nesse aspecto, igualmente uma função preventiva.¹⁵⁵

¹⁵³ DUTRA, Pedro. Concorrência em mercado regulado: a ação da ANP, p. 286.

¹⁵⁴ Expressão utilizada por Patrick Rey, *Rôle et place des engagements dans les systèmes de regulation*, p. 18.

¹⁵⁵ O último argumento é apresentado por FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Le couple *ex ante* – *ex post*, justification d’un droit propre et spécifique de la régulation. In _____. (org.). *Les engagements dans les systèmes de regulation*. Paris: Presses de Sciences Po et Dalloz, 2006, v. 4, p. 34.

2.4 Divisão de competências entre autoridades reguladoras e setoriais

A partir das considerações acima, pode-se agora passar ao tema dos arranjos institucionais de divisão de competências entre autoridades reguladoras e concorrenciais, o qual tem perpassado a doutrina no direito comparado, na tentativa de se delinearem princípios gerais que possam ser aplicados na conformação de um arcabouço institucional que melhor promova os interesses públicos com o menor gasto dos escassos recursos estatais.

No âmbito internacional, a Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) divulga periodicamente algumas “melhores práticas” em matéria de defesa da concorrência, apresentando aquelas que seriam as melhores experiências observadas no mundo, com o intuito de guiar as políticas das nações desenvolvidas e em desenvolvimento. Um desses documentos é dedicado à apresentação de uma lei modelo de defesa da concorrência, segundo a qual toda legislação concorrencial deve ter um capítulo específico dedicado à interação entre as autoridades reguladora e de defesa da concorrência.¹⁵⁶

As considerações tecidas no trabalho da UNCTAD partem da premissa de que, como visto, existem diferenças de postura entre as autoridades concorrenciais e regulatórias no que tange ao funcionamento dos mercados. Enquanto a regulação tem uma função mais prospectiva e voltada à determinação e monitoramento de comportamentos dos agentes econômicos, a autoridade concorrencial teria uma atuação, em princípio, mais pontual e *a posteriori*, impondo remédios estruturais e comportamentais somente em caso de “desvio” da conduta do agente econômico;¹⁵⁷ enquanto a regulação é persuasória dos

¹⁵⁶ UNCTAD. *Best practices for defining respective competences and settling of cases, which involve joint action by competition authorities and regulatory bodies*. Genebra: UNCTAD, 2006, p. 4. Disponível em <http://www.unctad.org>, acesso em dezembro de 2006. Este trabalho da UNCTAD foi por nós analisado em artigo apresentado no V Congresso Brasileiro de Regulação promovido pela Associação Brasileira das Agências de Regulação – ABAR em 2007. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Recusa de compartilhamento de infraestrutura: contribuições da doutrina das essential facilities e interação entre autoridades reguladora e concorrencial na sua disciplina*. Anais do V Seminário Brasileiro de Regulação. Brasília: ABAR, 2007.

¹⁵⁷ Não se podendo esquecer, no entanto, que também a defesa da concorrência possui importante aspecto preventivo, consistente no controle das estruturas, i.e., os atos de concentração (no direito brasileiro, esta disciplina encontrava-se no artigo 54 da Lei 8.884/94; com a aprovação da Lei 12.529/2011, ver, especialmente, art. 88 e ss.).

comportamentos desejados, a defesa da concorrência age para dissuadir o agente econômico de praticar atos anticompetitivos.

Em razão dessa diferença, a regulação exigiria um fluxo maior e contínuo de informações para a autoridade pública, ao passo que a intervenção concorrencial requereria informações mais casuísticas, sendo em muitos casos baseada em acusações formuladas por interessados (concorrentes, fornecedores, consumidores).¹⁵⁸ Dessa forma, a entidade reguladora daria preferência a soluções comportamentais, ao passo que a autoridade de defesa da concorrência teria predileção por soluções estruturais.¹⁵⁹

A partir dessa constatação, a Lei Modelo sobre Concorrência divulgada pela UNCTAD em 2004 reserva um capítulo – o Capítulo Sete – para normas acerca da interação entre autoridades reguladoras e de defesa da concorrência.¹⁶⁰ A UNCTAD recomenda que existam instrumentos transparentes para se garantir que a autoridade concorrencial analise as normas regulatórias previamente à sua adoção, principalmente no que se refere aos setores de infraestrutura. Nessa análise, a autoridade concorrencial deve prestar atenção especialmente a se a regulação está criando ou reforçando barreiras à entrada ou criando condições favoráveis a determinados agentes econômicos em detrimento de outros (discriminação).¹⁶¹

Um dos principais aspectos para o qual a UNCTAD chama atenção reside no fato de que é preciso incentivar uma cooperação cada vez mais próxima entre autoridades reguladoras e concorrenciais, com especial ênfase à construção de políticas públicas coerentes. O sucesso dessa cooperação depende, em grande medida, (i) do momento em que ocorre o intercâmbio de informações entre as autoridades, o qual deve ser tempestivo, bem como (ii) de essas autoridades consultarem-se mutuamente com relação a questões

¹⁵⁸ Ver, nesse sentido, BARROS, Pedro Pita. Relação entre autoridade da concorrência e autoridades setoriais, p. 156.

¹⁵⁹ GARCIA-MORATO, Lucía Ancona e ORTIZ, Gaspar Ariño. *La competencia en sectores regulados*, p. 337.

¹⁶⁰ UNCTAD. *Model law on competition: substantive possible elements for a competition law, commentaries and alternative approaches to existing regulation*. Nova Iorque e Genebra: ONU, 2004.

¹⁶¹ “Particularmente, as barreiras regulatórias à concorrência incorporadas na regulação econômica e administrativa devem ser consideradas pelas autoridades antitruste desde uma perspectiva econômica, inclusive para fins de [tutela do] interesse público”. UNCTAD, *Model Law on Competition*, p. 2.

que podem ter impacto sobre as áreas de especialização, de forma a se evitarem inconsistências em termos de implementação de políticas públicas.¹⁶²

Nesse aspecto, merece ainda consideração a finalidade buscada pelas normas de defesa da concorrência. Ao se adotar uma visão welfariana-consequencialista, ao tema adiciona-se ainda nova complexidade: a opção por um arranjo institucional ou outro depende da potencialidade de cada um para incrementar o bem-estar agregado da população.¹⁶³

Como regra geral, o documento da UNCTAD aponta que a regulação técnica e econômica deve ser submetida à autoridade reguladora, enquanto a defesa da concorrência deve permanecer com a autoridade antitruste.¹⁶⁴

No entanto, não se ignora que referida linha divisória pode ser tênue, tendo em vista que decisões sobre a regulação técnica podem afetar a intensidade com que será possível o desenvolvimento da concorrência em determinado setor (p. ex., normas regulatórias que disponham sobre acesso). Por outro lado, decisões concorrenciais podem ter consequências sobre a dinâmica do mercado regulado que não teriam sido introduzidas pela autoridade regulatória.¹⁶⁵

¹⁶² UNCTAD, *Best practices for defining respective competences...*, p. 09.

¹⁶³ Na primeira parte de seu livro *Poder de compra e política antitruste*, Daniel Goldberg procede a uma ampla revisão da doutrina sobre qual deve ser o objetivo da política antitruste e, portanto, quanto à extensão e os limites em que se justifica a intervenção da autoridade concorrencial sobre os mercados. Embora o foco do trabalho não seja a comparação da atividade das autoridades concorrenciais com as reguladoras, destacamos a seguinte passagem, que nos parece aplicável ao tema ora exposto: “a abordagem welfarista (...) pressupõe que o bem-estar deve ser o critério a partir do qual políticas públicas são construídas e avaliadas. Assim, adotar o direito como instrumento dessas políticas públicas exige uma análise funcional ampla: é preciso que cada instituto, norma ou decisão seja examinado à luz de seus efeitos concretos sobre o bem-estar. Depois dessa etapa, é necessário ao intérprete/aplicador do direito passar a um segundo passo de análise (...) [no qual] o intérprete/aplicador realiza, necessariamente, uma análise institucional comparativa. Assim, se o objetivo é alcançar a eficiência alocativa, não basta identificar falhas de mercado. É necessário estabelecer que o arranjo institucional alternativo é superior àquele que falhou, sob pena de que bem-estar e riqueza sejam, uma vez mais, destruídos. É preciso *decidir quem decide*”. GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Singular, 2006, p. 133.

¹⁶⁴ A regulação técnica é mais afeta à adequação de equipamentos e sistemas quanto à segurança, finalidade a que se predispõe e, inclusive, proteção ambiental. Já a regulação econômica refere-se ao conjunto de medidas relacionadas a preços e quantidades ofertadas.

¹⁶⁵ Essas considerações foram objeto de preocupação do legislador brasileiro ao redigir o Projeto de Lei 3.337/2004, atualmente tramitando apensado ao Projeto de Lei 2057/2003, que pretende instituir normas gerais aplicáveis a todas as agências reguladoras federais. Este projeto de lei torna obrigatório o uso dos instrumentos de consulta e audiência públicas previamente à adoção de qualquer ato normativo pelas autoridades reguladoras, e exige que essas informem à Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE do Ministério da Fazenda a abertura dos referidos procedimentos de aprovação de novas normas, para que essa possa se pronunciar sobre os aspectos concorrenciais porventura envolvidos na nova proposta de regulação, exercendo a função de advocacia da concorrência. Conforme artigo 16, §§ 3º e 4º, do Projeto de

Os estudos da UNCTAD invocam ainda o princípio da subsidiariedade no que se refere à edição de normas reguladoras, no sentido de que “qualquer forma particular de regulação deve ser realizada em um nível de governança consistente com a efetividade da regulação”, sendo elementos instrumentais a essa subsidiariedade as normas que assegurem (i) o acesso à informação necessária para realizar julgamentos precisos (transparência), (ii) a participação dos agentes potencialmente afetados pela regulação, e (iii) uma preocupação contínua com a eliminação de custos desnecessários decorrentes de um excesso de regulação.¹⁶⁶

Entendemos, a partir dessas linhas mestras, que somente deve haver regulação impositiva e substitutiva do mercado quando o conteúdo da norma satisfizer os critérios acima e, em especial, atender aos elementos que compõem o princípio da proporcionalidade. Essa conclusão é diretamente aplicável a questões relacionadas à concorrência, tais como regulações restritivas da competição em preços ou limitadoras da quantidade de agentes econômicos admitidos no mercado ou de produtos a serem produzidos.

Assim, muitas são as situações em que não há uma separação estanque entre regulação e concorrência – no sentido de que ou o mercado é regulado, ou é competitivo. Na realidade, praticamente todo mercado é regulado e, ainda assim, à exceção dos monopólios naturais e legais, prestam-se à concorrência.

Dessa forma, na imensa maioria dos mercados há diversos graus de concorrência e regulação. Tornou-se comum, na esteira dos processos de desestatização do final do século XX, afirmar-se a relevância de se promover uma “regulação para a concorrência”:¹⁶⁷ à

Lei 3337/04: “As Agências Reguladoras solicitarão parecer do órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda sobre minutas de normas e regulamentos, previamente à sua disponibilização para consulta pública, para que possa se manifestar, no prazo de até trinta dias, sobre os eventuais impactos nas condições de concorrência dos setores regulados. §4º. O órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda deverá publicar no Diário Oficial da União, em até dez dias úteis após a disponibilização da norma ou regulamento para consulta pública, todos os pareceres emitidos em cumprimento ao §3º deste artigo.” Embora este projeto de lei ainda esteja pendente de votação, já há alguns anos a SEAE vem realizando essa função de advocacia da concorrência junto às autoridades reguladoras e a Lei 12.529/2011 já estabelece deveres semelhantes à SEAE. A contribuição do PL 3337/04 seria instituir o procedimento e prazos para essa cooperação. Os pareceres elaborados pela SEAE e encaminhados às agências reguladoras estão disponíveis em http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/manifestacoes-em-consultas-publicas. Acesso em 25.11.2009. Do prisma da legislação concorrencial, o art. 19 da lei 12.529/2011 eleva a *status* de lei ordinária a previsão de que a SEAE exercerá a função de advocacia da concorrência.

¹⁶⁶ UNCTAD. *Best practices for defining respective competences.*, p. 13.

¹⁶⁷ GARCÍA-MORATO, Lucía Lopez e ORTIZ, Gaspar Ariño. *La competencia en sectores regulados*, p. 11.

medida que o avanço tecnológico permita, a regulação econômica deve ser substituída pela disciplina do direito da concorrência, com a consequente redução da quantidade e abrangência de normas reguladoras, até o ponto de ficarem adstritas apenas a questões de teor técnico, muito atreladas à segurança da atividade e à proteção do consumidor.

Deve-se lembrar, em todo caso, que mesmo a regulação técnica pode vir a ser limitadora da concorrência, caso as normas regulatórias venham a exigir a obediência a critérios que, não sendo necessários à segurança ou à qualidade do produto oferecido ou do serviço prestado, tenham, em realidade, a função de incrementar as barreiras à entrada de potenciais concorrentes no mercado.¹⁶⁸ Nesse aspecto, Laguna de Paz sustenta a relevância de se adotar o princípio da neutralidade tecnológica, de modo a se evitar, por exemplo, a escolha de uma solução tecnológica rígida e única que, na prática, se convolve em verdadeira barreira à entrada.¹⁶⁹ Igualmente, a regulação deve buscar ser transversal (ou horizontal) face às tecnologias disponíveis, ou seja, em princípio, diferentes tecnologias disponíveis em um mesmo mercado devem ser reguladas de forma semelhante, exceto quando essa uniformidade for incompatível com os deveres estatais inerentes aos segmentos desse mercado, considerados serviços de interesse econômico geral.¹⁷⁰

De todo modo, o arranjo institucional – aqui entendido como o conjunto de normas consagradoras de competência das autoridades de defesa da concorrência e das autoridades reguladoras – depende do direito positivo de cada País, e as soluções também podem ter graus de efetividade distintos, em termos de bem-estar, a depender da realidade institucional de cada um.¹⁷¹

¹⁶⁸ Este tema foi sempre objeto de grande preocupação no direito comunitário europeu. Para a criação de um verdadeiro mercado comum entre os Estados-Membros da Comunidade Europeia, era preciso assegurar a derrubada das barreiras tarifárias e daquelas de natureza não-tarifária, de modo a evitar que os países criassem subterfúgios para proteger a sua indústria interna contra a competição dos agentes econômicos situados nos demais países do mercado comum.

¹⁶⁹ O autor ilustra essa afirmação com uma indicação de que se deve separar a regulação das redes da regulação dos serviços que por ela transitam. LAGUNA DE PAZ, *Los servicios de interés económico general*, p. 77.

¹⁷⁰ LAGUNA DE PAZ, *Los servicios de interés económico general*, pp. 77/78.

¹⁷¹ “A variação de soluções para o relacionamento entre as autoridades reguladoras setoriais e a autoridade da concorrência ocorre igualmente em função do peso e da afirmação no mercado de cada uma dessas autoridades nos diferentes países. Em alguns deles, a autoridade de concorrência surgiu e legitimou-se muito antes da autoridade reguladora setorial ter sido criada. Em outros sucedeu precisamente o contrário. Há países onde a cultura de concorrência está perfeitamente imbricada no comportamento dos operadores econômicos e das autoridades públicas e outros onde isso não acontece. E estas diferenças podem também existir quanto ao respeito pela independência tanto das autoridades reguladoras setoriais como da autoridade de concorrência, sendo que a natureza transversal desta última torna mais difícil a sua captura a montante pelo poder político de cada momento”. MARQUES, Maria Manuel Leitão; SIMÕES DE ALMEIDA, João

A partir da experiência do Reino Unido, Tonny Prosser observou que “a regulação não termina com o fim do monopólio”, mesmo porque “a criação de mercados envolve a criação de subestruturas de normas e outras instituições e disposições normativas. Algumas delas são ‘mercado-constitutivas’, no sentido de que não podemos imaginar um mercado em funcionamento sem elas; outras são designadas para criar um campo de nível proverbial, como as contínuas proibições de preferências ou discriminações indevidas por uma firma dominante”.¹⁷²

Portanto, “a regulação tem um papel importante na criação de mercados; e esse não é apenas temporário, pois essas e outras normas pró-competitivas necessitam de constante policiamento”.¹⁷³ O autor defende haver vantagens em deixar essa tarefa a cargo das autoridades setoriais.¹⁷⁴

De outro lado, costuma-se mencionar que, à medida que as falhas de mercado venham a reduzir-se, existe uma tendência de a regulação setorial vir a ser substituída pela regulação concorrencial, embora essa tendência somente seja observável no longo prazo.¹⁷⁵

Ademais, deve-se observar que, por interagir com os mais diversos setores da economia, a autoridade de defesa da concorrência estaria menos sujeita à captura do que a agência reguladora setorial, que lida com um pequeno grupo de agentes econômicos, e de forma mais cotidiana. Por outro lado, o regulador é o ente com maior expertise técnica sobre o setor regulado.¹⁷⁶

Paulo; FORTE, André Matos. *Concorrência e regulação* (a relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Setorial). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 280.

¹⁷² PROSSER, Tony. *Theorising utility regulation*, p. 197.

¹⁷³ *Ob. cit., loc. cit.*

¹⁷⁴ A partir da experiência do setor de telecomunicações, Alexandre Ditzel Faraco lembra ainda que, com o ingresso de mais de uma empresa em um mercado outrora monopolizado, pode passar a ser uma estratégia racional do empresário a duplicação da infraestrutura, o que, de outro, pode não ser benéfico ao consumidor (como visto, em setores da economia que apresentam a falha de mercado conhecida como monopólio natural, a duplicação da infraestrutura essencial é ineficiente e aumenta os custos a serem suportados pela sociedade como um todo). A regulação setorial pode evitar essa tomada de decisão ineficiente, ao impor normas estatuidando o dever de compartilhamento e a interconexão de redes. FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação das telecomunicações: entre concorrência e universalização*. In SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 87.

¹⁷⁵ “A verdade é que, mesmo que se admita que nos setores de liberalização a tendência será para que a autoridade transversal venha, a prazo, a substituir a autoridade reguladora setorial, ainda estamos longe de chegar a esse ponto.” MARQUES, Maria Manuel Leitão; SIMÕES DE ALMEIDA, João Paulo; FORTE, André Matos. *Concorrência e regulação*, p. 23.

¹⁷⁶ Esse aparente paradoxo traz questionamentos de alta relevância, como destaca AREEDA: “Se se rejeita a visão de que a regulação substitui a concorrência, deve-se então concordar com a relativamente óbvia argumentação de que um acordo de cartel que não foi apresentado, aprovado e isentado deve ser testado à luz dos *standards* concorrenciais ordinários? Logicamente que o *standard* antitruste básico leva em consideração

Uma consideração bastante interessante para os propósitos do presente trabalho foi realizada por Elbia Melo e Luiz Henrique Alves Pazzini, os quais sugerem que as autoridades de defesa da concorrência teriam maior preparo para lidar com mudanças tecnológicas e inovação, sendo mais fácil que elas deixem de reconhecer determinados mercados como monopólios naturais do que a regulação setorial, que seria estabelecida e operada partindo-se da premissa de que determinado mercado caracteriza-se como monopólio natural.¹⁷⁷

No Brasil, o tema da repartição de competências entre autoridades reguladoras e de defesa da concorrência foi objeto de estudo por Gesner Oliveira¹⁷⁸ que, em 2001, publicou trabalho no qual constata existirem alguns modelos institucionais em tese disponíveis para serem utilizados, em distintos mercados, por diferentes países.

Após distinguir a regulação técnica, preocupada com normas sobre padrões e metas a serem adotados pelos agentes econômicos, da regulação econômica, relativa ao estabelecimento de preços / tarifas e quantidades, e considerando ainda a aplicação da legislação concorrencial, o autor propõe a seguinte classificação de arranjos institucionais:

as circunstâncias particulares da indústria. Mas uma agência que tenha o dever de regular uma indústria em particular possui presumivelmente mais conhecimento e mais experiência em relação à indústria e, portanto, está em melhor condição de julgar a razoabilidade do comportamento competitivo ou anticompetitivo ali observado. A questão, então, é a seguinte: quem está em melhores condições de realizar um julgamento inteligente sobre o comportamento do mercado, a agência ou o tribunal”? AREEDA, Phillip. Antitrust laws and public utility regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 3, n. 1 (Primavera, 1972), p. 47. Trata-se do questionamento-chave que perpassa o presente trabalho, já que a alusão de Areeda às cortes judiciais equivale, na realidade brasileira, a mencionar a autoridade de defesa da concorrência, pois nos EUA, a aplicação do direito antitruste é realizada primordialmente pelo Poder Judiciário, embora também haja autoridade administrativa com competência sobre a matéria (a *Federal Trade Commission*). A estrutura do direito norte-americano, fortemente calcada nos precedentes, e o fato de o direito da concorrência ter se desenvolvido, naquele país, sob as lentes de um sistema de *common law*, justificam a preocupação em se determinar se, em setores regulados, dever-se-ia atribuir às agências reguladoras o papel de tutelar a concorrência ou se o Poder Judiciário poderia se manifestar em questões envolvendo concorrência em setores regulados.

¹⁷⁷ Nas palavras dos autores, “destaca-se, ainda, o caráter dinâmico da delimitação entre os monopólios naturais e mercados competitivos – que devido às condições de demanda e tecnologia (e, portanto, o custo) variam significativamente no tempo, mudando as estruturas de mercado, que a princípio deveriam ser regidas por uma agência reguladora e passam a ser objeto de simples regras de mercado. Tal fenômeno tem se tornado frequente com a aceleração do processo de inovação em determinados setores, como em telecomunicações e energia elétrica. Nesse sentido, a defesa da concorrência, no âmbito antitruste, tem caráter mais geral do que a regulação setorial. Esta última pressupõe determinada estrutura de mercado, cuja natureza de monopólio natural a justifica. A primeira atua sobre a própria estrutura de mercado, prevenindo, quando for o caso, configurações anticoncorrenciais e minimizando eventuais riscos de captura”. MELO, Elbia e PAZZINI, Luiz Henrique Alves. A indústria de energia elétrica brasileira: reflexões sobre regulação e defesa da concorrência. *Revista do Direito da Energia*. São Paulo: IBDE, n. 10, 2010, pp. 138/139.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 65 e ss.

- isenção antitruste: situação em que compete às autoridades reguladoras aplicar a legislação concorrencial, sendo que as normas setoriais têm prevalência sobre as normas concorrenciais (a autoridade de defesa da concorrência não atua sobre mercados regulados);
- competências concorrentes: tanto as autoridades reguladoras quanto as de defesa da concorrência aplicam a legislação antitruste;¹⁷⁹
- competências complementares: as autoridades reguladoras procedem à regulação técnica e econômica, ao passo que as autoridades concorrenciais aplicam a legislação de defesa da concorrência;
- regulação antitruste: a autoridade de defesa da concorrência aplica tanto a legislação antitruste quanto as normas regulatórias, com prevalência da primeira;
- desregulação: ocorre quando determinada atividade econômica deixa de ter regulação técnica e econômica mais incisivas para passar a ser regida, no que tange aos seus aspectos econômicos, unicamente pelas normas de defesa da concorrência.¹⁸⁰

Distinta classificação quanto às hipóteses de inter-relação entre regulação setorial e defesa da concorrência é proposta por Clèmerson Merlin Clève e Melina Breckenfeld Reck, nos seguintes termos: (i) articulação complementar, que ocorre quando o ordenamento jurídico estabelece papéis distintos para ambas as autoridades, o que pode ser, inclusive, de natureza procedimental; (ii) articulação supletiva, segundo a qual a autoridade antitruste somente atua quando a agência reguladora não exercer competências

¹⁷⁹ Este seria o caso da Holanda, conforme narra MARQUES *et al.* “deve advertir-se que nem sempre é simples distinguir entre regras técnicas, econômicas e de concorrência. Para obviar a essa dificuldade, no caso holandês, por exemplo, é apenas estabelecida a diferença entre ‘regras relevantes para a concorrência’ e ‘regras não relevantes para a concorrência’. Assim, neste país, a regulação econômica que fixa preços ou que estabelece o acesso às redes pode ser considerada ‘relevante para a concorrência’ e concomitantemente a sua aplicação estar a cargo da autoridade de concorrência” MARQUES, Maria Manuel Leitão; SIMÕES DE ALMEIDA, João Paulo; FORTE, André Matos. *Concorrência e regulação*, p. 27. No mesmo sentido, informam que, na Inglaterra, “a OFT e os reguladores setoriais possuem competências concorrentes para aplicar o Competition Act, de 1998, em matéria de colusões e abusos de posição dominante”. (*ob. cit.*, p. 274).

¹⁸⁰ OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*, p. 65 e ss. Este foi o caso da Nova Zelândia no que tange às telecomunicações. Segundo informa Patrick Rey, “Certos países, como a Nova Zelândia, durante um tempo suprimiram, por exemplo, toda regulação setorial de telecomunicações para repousar-se inteiramente sobre o direito geral e as autoridades de concorrência”. *Rôle et place des engagements dans les systèmes de regulation*, p. 17.

de defesa da concorrência; (iii) articulação concorrente, quando ambas as autoridades têm competência para aplicar ambos os micro-ordenamentos regulatório e de defesa da concorrência; e (iv) articulação por coordenação, que tem lugar quando a decisão final sobre a matéria é atribuída a uma autoridade, mas subordinada ao dever de consultar previamente a outra.¹⁸¹

No que tange ao conteúdo da regulação, Floriano de Azevedo Marques Neto sustenta haver quatro possibilidades, em termos teóricos: “i) a regulação anticoncorrencial; ii) a regulação não concorrential; iii) a regulação pró- concorrência e iv) a concorrência como forma de regulação”.

A diferença entre as situações (i) e (ii) seria que, enquanto na primeira a legislação impede a existência de concorrência (por exemplo, por meio da imposição de regras de exclusividade), na segunda a competição é possível, apenas não é o foco e, portanto, não é prestigiada na regulação. Na terceira situação, ênfase é conferida aos instrumentos de defesa da concorrência, mas podem subsistir os instrumentos regulatórios substitutivos da concorrência quando necessários. Na última hipótese, os instrumentos regulatórios são praticamente desconsiderados, compreendendo-se que os instrumentos típicos de defesa da concorrência seriam suficientes à tutela da generalidade dos mercados, face, inclusive, ao risco de captura.¹⁸²

Embora as classificações sejam um pouco distintas, sobrepõem-se naquilo que vem sendo considerado fundamental para o estudo da relação entre autoridades de defesa da concorrência e regulatórias: a depender do mercado e do que dispuser o ordenamento jurídico poderá haver (i) incidência apenas das normas de defesa da concorrência no que tange às atividades perpetradas no mercado e, portanto, ausência de uma regulação setorial e da respectiva entidade reguladora; (ii) competências concorrentes, com ambas as entidades reguladora e concorrential com atribuição para aplicar a legislação de defesa da concorrência; (iii) competências complementares, o que ocorrerá nas situações em que o marco normativo desenhar com precisão as atribuições do ente regulador e da entidade concorrential, conferindo àquela a regulação técnica e econômica e a esta última, com

¹⁸¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin e RECK, Melina Breckenfeld. A Constituição Econômica e a interface entre regulação setorial e antitruste no direito brasileiro. *Revista do IBRAC*. São Paulo, IBRAC, v. 16, n. 1, 2009, pp. 117/118.

¹⁸² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A articulação entre regulação setorial e regulação antitruste. *Regulação Brasil*. Porto Alegre: ABAR, 2005, ano 1, n. 1, pp. 71/72.

exclusividade, a competência para aplicar a legislação antitruste; e (iv) competência apenas da autoridade reguladora para disciplinar o mercado, seja (iv.1) ela mesma aplicando as normas de defesa da concorrência; ou (iv.2) determinando o ordenamento jurídico a não incidência das normas concorrenciais sobre o mercado regulado.¹⁸³

Pesquisa realizada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, analisando essa interação em vários países, afirma não existir uma fórmula única que seja passível de aplicação a todos os mercados e a todos os Estados, pois a forma de tal interação depende do contexto social, econômico e da própria conformação jurídica das instituições de cada local.¹⁸⁴

No entanto, alguns esquemas divisórios parecem mais propensos a trazer dificuldades de aplicação do que outros.

O sistema de “isenção antitruste”, ou seja, aquele em que apenas a entidade setorial disciplina inteiramente o setor, aplicando, inclusive, se for o caso, a legislação de defesa da concorrência, tem a vantagem de, ao menos em tese, evitar contradições na adoção de políticas públicas, privilegiando a coerência.¹⁸⁵ As ressalvas decorrem da possível ausência de expertise técnica da autoridade reguladora acerca dos institutos típicos de defesa da concorrência, assim como de elevar-se o risco de captura, já que se reduzem as entidades fiscalizadoras do setor regulado.

O sistema de competências concorrentes ou sobrepostas é criticado tanto por eventualmente vir a permitir a prática de “*forum shopping*”, com a empresa buscando valer-se da autoridade com entendimento mais favorável às suas demandas, quanto por também potencializar o risco de decisões contraditórias, o que ocasionaria situações de insegurança jurídica.¹⁸⁶

¹⁸³ Esta última subdivisão é relevante para se evitar o risco de confusão entre (i) isenção quanto à incidência da legislação antitruste, consistente na análise das situações em que a legislação de defesa da concorrência não é aplicada e (ii) incompetência da autoridade antitruste sobre certos setores que, no entanto, poderão vir a ter a legislação de defesa da concorrência aplicada pelo ente regulador.

¹⁸⁴ OCDE *apud* UNCTAD. *Model law on competition: substantive possible elements for a competition law, commentaries and alternative approaches to existing regulation*. Nova Iorque e Genebra: ONU, 2004.

¹⁸⁵ LEBBOS, Carolina Moura. Divisão de competências e articulação entre reguladores setoriais e órgãos de defesa da concorrência. In: MOREIRA, Egon Bockmann e MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coords.). *Direito concorrencial e regulação econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 225.

¹⁸⁶ “A possibilidade de sobreposição de competências suscita problemas como os da existência de mais de um controle sobre o mesmo tipo de práticas, em vez de ‘balcão único’ (*‘one stop shop’*); da possibilidade de escolha do regulador mais favorável (*‘forum shopping’*); da inconsistência na aplicação das regras da concorrência quando são aplicadas por autoridades diferentes; da incompatibilidade de objetivos (as

No direito brasileiro, existe uma discussão sobre se haveria competências concorrentes entre a ANATEL e a SDE no que se refere aos poderes para iniciar e investigar a existência de condutas anticompetitivas ou os potenciais efeitos de atos de concentração no setor de telecomunicações.

Houve algumas tentativas de se afastar a atuação da SDE, ao argumento de que a Lei 9472/97 – a Lei Geral de Telecomunicações – ao dispor sobre a tutela da concorrência no setor de telecomunicações, teria ressalvado apenas as competências do CADE (mas não as da SDE),¹⁸⁷ e que o ordenamento jurídico não comportaria a existência de dois órgãos com as mesmas competências.¹⁸⁸ No entanto, o tema é objeto de controvérsia no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, havendo um precedente judicial, em primeiro grau de jurisdição, que confirma a competência da SDE para instruir processos envolvendo a indústria de telecomunicações.¹⁸⁹

autoridades reguladoras setoriais podem estar demasiado vocacionadas para regular e não para maximizar a concorrência); das dificuldades da autoridade da concorrência para decidir em certas questões mais complexas do ponto de vista técnico devido à falta de informação e competências especializadas para esse efeito (por exemplo, saber o que são condições razoáveis em preço e qualidade para o acesso às redes”. MARQUES, Maria Manuel Leitão; SIMÕES DE ALMEIDA, João Paulo; FORTE, André Matos. *Concorrência e regulação*, p. 23.

¹⁸⁷ Lei 9.472/97. Art. 19. “À agência compete (...): XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE”.

¹⁸⁸ Nesse sentido, sustentou o Conselheiro Relator Luiz Alberto Scaloppe, na decisão da medida inominada 08700.001212/2004-61: “Reitero que não há dúvida de que a LGT regulou as normas gerais de proteção à ordem econômica prescritas pela Lei n.º 8.884/94, especificamente para o setor de telecomunicações. Essa lei e as demais normas específicas deixaram evidente que por meio da ANATEL os atos de contrato ou concentração econômica, assim como, o controle, a prevenção e a repressão das infrações da ordem econômica envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, devem ser julgados pelo CADE. Sob esse entendimento, concluo que a duplicidade de procedimentos apuratórios por dois órgãos instrutores afronta a Lei n.º 8.884/94, que foi alterada pela Lei n.º 9.472/97 especificamente em matéria de telecomunicações”. Dessa forma, o Conselheiro afirmou que “uma vez analisadas todas essas questões, imprescindíveis, ao meu ver, para decidir o caso colocado sob julgo, passo reconheço a ilegalidade da duplicidade de procedimentos apuratórios cometida pela SDE e ANATEL. Isso porque, como visto acima, o ordenamento jurídico pátrio não admite que dois ou mais órgãos da Administração instrua e processe a mesma pessoa, física ou jurídica, pela mesma razão fática e jurídica. Reconheço, ademais, a competência exclusiva da ANATEL para exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvada a competência deste Conselho para julgar todos os atos submetidos ao órgão regulador e instaurados de ofício, pertinentes à matéria de concorrência”. (voto proferido em 02.02.2005). O entendimento do Relator, contudo, não prevaleceu no Plenário do CADE, que terminou por não decidir a questão.

¹⁸⁹ Com efeito, no julgamento da medida inominada referida na nota anterior, o tema terminou por não ser decidido, a partir de voto de vista do Conselheiro Ricardo Cueva. A decisão final teve a seguinte ementa: “I. Medida Inominada. Questão de ordem preliminar. Vício formal. Impossibilidade de o Conselheiro-Relator proferir monocraticamente decisões de cunho terminativo ou extintivo, salvo em hipóteses excepcioníssimas como na concessão de medida preventiva, porque existente expressa autorização legal (art. 52, §1º da Lei n.º 8.884/94). Necessária submissão do despacho monocrático que indeferiu o pedido de medida preventiva ao Plenário, para deliberação. II. Submissão ao Plenário do despacho que indeferiu a

Possivelmente a controvérsia tenda a perder importância com a entrada em vigor da Lei 12.529/2011, pois doravante as competências instrutórias, em matéria concorrencial, ficarão também sob a atribuição do CADE, por meio da Superintendência-Geral.

Talvez se pretenda, por analogia, defender que a Superintendência-Geral não teria competência para instruir procedimentos cujo objeto sejam práticas e operações observadas no setor de telecomunicações – assim como se advogava a ausência de competência da SDE – mas essa tese fica enfraquecida na medida em que a Lei 9.472/97 ressalva as competências do CADE como um todo (e não apenas as do Tribunal Administrativo), e a instrução dos processos doravante está sob a responsabilidade dessa autarquia. Se na estrutura antiga do SBDC a tese da exclusão da competência da SDE não vinha tendo larga acolhida, a atual estrutura institucional inaugurada com a Lei 12.529/2011 parece reforçar a tese de que existem atribuições concorrentes na instrução dos processos administrativos em matéria concorrencial, podendo a Superintendência-Geral do CADE atuar especialmente em caso de omissão ou demora excessiva da entidade reguladora.

Assim, o setor de telecomunicações apresenta, no direito brasileiro, um exemplo prático de competências concorrentes em matéria de defesa da concorrência, devendo ser esclarecido, no entanto, que essa concorrência cinge-se à etapa instrutória, pois a decisão é acometida, tanto em atos de concentração quanto em processos que investiguem condutas anticompetitivas, unicamente ao CADE.¹⁹⁰

medida preventiva. Ausência de *periculum in mora* e consequente perda de objeto. Manutenção do arquivamento do pedido de medida preventiva. III. Medida Inominada. Inadequação procedimental. Insustentabilidade do pedido acessório (conflito de competência), ante o arquivamento do pedido principal (medida preventiva). Inexistência de ofensa ao direito de petição – precedente do STF. Arquivamento” (j. em 23.02.2005). Posteriormente, decisão de primeira instância da Justiça Federal do Distrito Federal reconheceu o direito de a SDE investigar práticas ocorridas no setor de telecomunicações, conforme relata a seguinte notícia veiculada pelo próprio CADE: “Judiciário considera SDE competente para analisar telecomunicações - Brasília, 24/03/2009 (MJ) - O Judiciário reconheceu a competência da Secretaria de Direito Econômico (SDE) para investigar condutas anticompetitivas no setor de telecomunicações. A disputa judicial teve início quando a VIVO S.A. ingressou com ação afirmando ser da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) a competência exclusiva. Segundo a juíza da 5ª. Vara Federal do DF, Daniele Maranhão Costa, não há possibilidade de decisões conflitantes quando processos desta natureza são ajuizados junto à SDE e à Anatel; já que a instância final é o julgamento pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Despacho da Juíza: ‘(...) em nenhum momento a lei diz tratar-se de competência exclusiva, sendo certo que quando o legislador quis ressaltar a competência do Cade, o fez de forma expressa, o que não ocorreu em relação à SDE. Além disso, se ambos os processos, ajuizados junto à Anatel e junto à Secretaria serão julgados pelo Cade, como afirma a própria autora, não há que se falar na possibilidade de decisões conflitantes’.” Notícia disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?2518e632c359af7387b488df76>. Acesso em 11.09.2011.

¹⁹⁰ Uma análise mais detalhada do histórico e da legislação setorial de telecomunicações, no que tange à defesa da concorrência, é realizada no capítulo IV adiante.

O problema de entendimentos divergentes ou sobrepostos, que pode emergir quando o ordenamento jurídico prevê competências concorrentes, pode ser atenuado, ou mitigado, mediante lei impositiva que vise solucionar conflito de competências. Nesse sentido, é interessante a solução trazida pela norma portuguesa sobre infrações administrativas, que estabelece, como regra geral, que será competente a entidade administrativa que primeiro tiver iniciado a investigação, sendo ainda possível uma composição entre estas quando considerarem que uma delas está em melhores condições de levar o processo a termo.¹⁹¹ O sucesso dessa solução, no entanto, depende de elevado grau de maturidade institucional dos órgãos e entidades envolvidos, para que a cooperação prevaleça sobre disputas por competência (que, em última instância, traduz-se muitas vezes em uma luta por poder político).¹⁹²

O sistema de competências complementares tem a vantagem de que “o seu funcionamento articulado facilitará a integração dos setores regulados no mercado, se esse objetivo for considerado como prioritário. A colaboração entre os dois tipos de autoridade e o conhecimento especializado da autoridade setorial poderá ajudar a autoridade transversal a fundamentar a sua intervenção”.¹⁹³

Todavia, “é preciso definir previamente como se faz essa articulação: se e quando é que é obrigatório recorrer a um parecer de um lado ou do outro e qual é a natureza desse parecer (vinculativo ou não)”.¹⁹⁴ Essa é a visão predominante no direito brasileiro até o momento, como se terá oportunidade de detalhar no capítulo IV deste trabalho.

Como uma derivação dos modelos de competências concorrentes ou complementares poderia ser mencionada a possibilidade de decisão conjunta, mas, além do

¹⁹¹ Portugal. Decreto 433/82. “Artigo 37.º (Conflitos de competência): 1 - Se das disposições anteriores resultar a competência cumulativa de várias autoridades, o conflito será resolvido a favor da autoridade que, por ordem de prioridades: a) tiver primeiro ouvido o arguido pela prática da contra-ordenação; b) Tiver primeiro requerido a sua audição pelas autoridades policiais; c) tiver primeiro recebido das autoridades policiais os autos de que conste a audição do arguido. 2 - As autoridades competentes poderão, todavia, por razões de economia, celeridade ou eficácia processuais, acordar em atribuir a competência a autoridade diversa da que resultaria da aplicação do n.º 1”.

¹⁹² Uma solução alternativa é a celebração de convênios que estabeleçam a instrução conjunta dos casos que em tese possam ser objeto de investigação por mais de uma entidade, de modo a se evitar a tomada de decisões divergentes, mas, como se comentará a seguir, decisões conjuntas podem facilitar práticas de captura.

¹⁹³ MARQUES, Maria Manuel Leitão; SIMÕES DE ALMEIDA, João Paulo; FORTE, André Matos. *Concorrência e regulação*, p. 23.

¹⁹⁴ Ob. cit., loc. cit.

incremento dos custos de transação necessários para viabilizar uma tomada simultânea de decisão, existe uma crítica de que esta facilitaria o processo de captura, já que, na hipótese de captura de uma das entidades que tenha de decidir conjuntamente, essa poderia pressionar a outra para que se harmonizasse com o seu entendimento.¹⁹⁵

De toda forma, um modelo ideal de interação entre entidades reguladoras e setoriais deverá propiciar que a regulação seja formulada sob as lentes da promoção da concorrência, permitindo a criação de uma “cultura concorrencial” ou de uma “regulação para a concorrência”, buscando-se coerência em termos de política pública e cooperação entre as entidades.¹⁹⁶ A boa regulação deve ser promotora da rivalidade entre os agentes econômicos, evitando a edição de normas que restrinjam desnecessariamente o caráter competitivo do mercado regulado ou a formação de estruturas concentradas de poder que tornem provável práticas de abuso unilateral de posição dominante ou coordenação colusiva.¹⁹⁷

Além disso, a atuação das autoridades de defesa da concorrência nos mercados regulados pode auxiliar no ingresso de novos agentes no mercado, pois, sendo menos tendente à captura e regendo-se pela busca de competitividade, essa autoridade tenderá a ser menos protetiva do operador que historicamente esteja prestando o serviço.¹⁹⁸

¹⁹⁵ No caso de decisão conjunta, “uma decisão somente é alcançada quando ambas as autoridades estão de acordo. É uma caracterização limite do dever de consulta mútua, fazendo com que a opinião de uma autoridade seja vinculativa para a outra autoridade”. Sobre o risco de captura, Pedro Barros observa: “o único cenário que é, em geral, inferior em termos de articulação consiste na exigência de uma decisão conjunta. Por decisão conjunta entende-se um contexto em que ambas as autoridades (de concorrência e setorial) têm de estar de acordo quanto à existência de comportamento anti-concorrencial por parte da(s) empresa(s) regulada(s). Um processo de decisão conjunto fomenta ainda mais o interesse das empresa(s) regulada(s) em conseguir ‘capturar’ o regulador, uma vez que tal lhe dá um poder de veto implícito sobre a atuação da Autoridade da Concorrência”. BARROS, Pedro Pita. *Relação entre autoridade da concorrência e autoridades setoriais*, p. 159 e 169.

¹⁹⁶ “No difícil equilíbrio entre mercado e regulação, a concorrência é o objetivo prioritário e a regulação é o instrumento necessário para defender a concorrência (para criá-la quando ela não existir) ou para substituí-la quando for impossível sua criação porque existam elementos de monopólio natural. O mercado apresenta muitas vantagens, mas para que exista e funcione com correção, é preciso em muitos casos que o Estado crie um sistema jurídico-institucional adequado”. ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico*. Granada: Comares, 2004, p. 606.

¹⁹⁷ Sobre este ponto, Fuciran Farena observa que o combate à concentração de poder econômico nos setores regulados pode dar-se, por exemplo, mediante a distribuição espacial de concessões, permissões e autorizações e obrigações de compartilhamento de infraestrutura e interconexão de redes. FARENA, Duciran van Marsen. *Serviços públicos, regulação e concorrência*. In ROCHA, João Carlos de Carvalho et alli (coords.). *Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso do poder econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 83.

¹⁹⁸ Nesse sentido, REY, Patrick. *Rôle et place des engagements dans les systèmes de regulation*, v. 4, p. 26.

Por fim, merece destaque que autoridades reguladoras e concorrenciais podem adotar distintas técnicas, com objetivos diversos, para promover a “concorrência”, o que decorre de suas finalidades institucionais e suas preocupações diversas em termos de interesse público. No âmbito regulatório, por exemplo, uma das técnicas usualmente utilizada para se tentar reproduzir um ambiente concorrencial em situações de monopólio natural é a utilização da chamada “empresa de referência”, que pode ser uma empresa de outro país ou de outro setor que tenha estrutura de custos parecida com a empresa regulada. A ideia é estabelecer, assim, uma espécie de competição estática entre a empresa real e a de referência.¹⁹⁹

Por outro lado, a autoridade de defesa da concorrência encontra maior dificuldade para controlar preços abusivos. Enquanto para as autoridades reguladoras essa é uma tarefa corriqueira – elas avaliam estruturas de custos para fins de reposicionamento tarifário, no âmbito das revisões tarifárias periódicas, por exemplo, ou, ainda, para estabelecer o montante sobre o qual incidirá o percentual de remuneração de ativo (no caso do modelo tarifário de taxa de retorno), o direito da concorrência não traz parâmetros precisos sobre a partir de que valor um preço pode ser considerado abusivo.²⁰⁰

Embora algumas legislações de defesa da concorrência, como a brasileira, prevejam, em sua redação, a possibilidade de se sancionar os agentes econômicos pelo aumento arbitrário de lucros (art. 20, IV Lei 8.884/94; art. 36, Lei 12.529/2011), ou, ainda, sustente-se que a coibição de tais práticas seja inferida da competência para reprimir o abuso de posição dominante, em realidade tais preceitos dificilmente são aplicados isoladamente pelas autoridades antitruste, pois essas não conseguem responder, objetivamente, ao questionamento sobre a partir de que momento um preço se torna excessivo ou abusivo. É preciso considerar que o sistema de economia de mercado, baseado na liberdade de iniciativa, costuma ser considerado, como regra geral, incompatível com um regime de controle de preços pelo Estado, que ocorreria caso se

¹⁹⁹ No Brasil, essa técnica já foi utilizada pela Agência Nacional de Energia Elétrica na regulação das distribuidoras de energia elétrica. Ver, nesse sentido, a nota técnica 294/2008-SER-ANEEL intitulada “Metodologia de cálculo dos custos operacionais – detalhamento do modelo de empresa de referência – segundo ciclo de revisão tarifária periódica das concessionárias de distribuição de energia elétrica – versão final”, de 25.08.2008. Disponível em http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2007/052/documento/nota_tecnica_n%C2%BA_294_e_empresa_de_refer%C3%Aancia.pdf. Acesso 30.12.2010.

²⁰⁰ CAMPES, Claude. Les outils des régulations économiques *ex ante* et *ex post*. In FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Les engagements dans les systèmes de regulation*. Paris: Presses de Sciences Po et Dalloz, 2006, v. 4, pp. 134 e 135.

admitisse que o CADE pudesse definir se os preços praticados são “justos” ou “abusivos”.²⁰¹

Nesse aspecto, a transparência e a institucionalização dos mecanismos de interação e intercâmbio informacional entre as autoridades reguladoras e concorrenciais têm profundo papel a desempenhar. Conforme afirma Gesner Oliveira, “a estreita cooperação entre as autoridades de defesa da concorrência e as de regulação é fundamental. Embora as realidades de cada jurisdição e setor apresentem especificidades que devem ser levadas em consideração, um sistema de competências complementares parece conceitualmente adequado e historicamente frequente”.²⁰²

No entanto, tendo em vista que nem sempre as regras de definição de competências são claramente extraíveis do direito positivo, não é raro haver discussões sobre se a presença de regulação técnica e econômica sobre um determinado setor industrial teria por consequência isentá-lo da incidência da legislação antitruste ou, ao menos, do poder fiscalizador de tais autoridades (sustentando-se, por exemplo, caber à entidade reguladora aplicar a legislação ou as técnicas de defesa da concorrência nos mercados sob sua responsabilidade, se e quando julgar adequado).

O próximo capítulo aprofundará essa questão, analisando a doutrina e a jurisprudência dos Estados Unidos e da União Europeia sobre a matéria, e verificando, em seguida, a importação de alguns testes e princípios delineados no direito comparado pelas autoridades brasileiras de defesa da concorrência, quando instadas a decidir questões envolvendo a aplicação da legislação de defesa da concorrência em setores regulados.

²⁰¹ Sobre as dificuldades atreladas à caracterização de uma conduta anticompetitiva unicamente a partir da alegação de preço abusivo, ver RAGGAZO, Carlos Emmanuel Joppert. Preço abusivo, eficácia jurídica e análise econômica: afinal, onde está a cabeça de bacalhau? *Revista do IBRAC*, ano 18, v. 19, jan-jun 2011, p. 21/44.

²⁰² OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*, p. 73.

III. A regulação substitutiva do mercado: isenção na aplicação do direito da concorrência em setores regulados

3.1 Considerações iniciais

O escopo deste capítulo reside em apresentar as principais discussões travadas acerca das situações em que a existência de regulação sobre um determinado setor ou atividade tem o condão de excluir a incidência das normas de defesa da concorrência (o que, no direito brasileiro, tem por consequência o afastamento da competência judicante do CADE).²⁰³ De fato, a existência de algumas normas regulatórias impositivas pode se mostrar incompatível com a defesa da concorrência.²⁰⁴

Trata-se de tema bastante discutido no direito norte-americano, em questões que se aproximam, em grande medida, da realidade pátria.

Os Estados Unidos possuem forte tradição na criação de autoridades reguladoras independentes com amplo poder normativo e fiscalizador. Dessa forma, a Suprema Corte já teve oportunidade de decidir relevantes casos envolvendo a interação entre comandos regulatórios (legislativos ou administrativos) e o seu potencial para afastar a incidência da legislação antitruste sobre determinados setores. Igualmente, os Estados Unidos organizam-se na forma de uma federação, o que faz com que, por vezes, o Poder Judiciário tenha que discutir em que medida a legislação estadual pode ou não afastar a aplicação dos comandos normativos relacionados à defesa da concorrência, que estão previstos em leis federais.

Também o direito comunitário europeu oferece profundas reflexões ao estudo do tema: a Comissão Europeia assim como a Corte Europeia de Justiça conferem grande

²⁰³ Tais setores seriam “imunes” ou “isentos” da incidência da legislação concorrencial. Para os fins aqui propostos utilizaremos os termos “imunidade antitruste” e “isenção antitruste” como sinônimos.

²⁰⁴ Conforme expõe Pedro Pita Barros, “a articulação da Autoridade da Concorrência e as autoridades setoriais de regulação terá que respeitar um princípio básico – sempre que houver regulação econômica direta, a Autoridade da Concorrência deverá abster-se de intervir na medida em que a sua atuação tenha implicações em termos dos instrumentos de regulação econômica usados pela autoridade setorial”. BARROS, Pedro Pita. Relação entre autoridade da concorrência e autoridades setoriais, p. 157.

ênfase, em seus julgados, ao tema da prevalência do direito comunitário – do qual a concorrência é um dos alicerces – e, portanto, sobre os limites em que as normas exaradas pelos Estados-membros podem afastar a sua aplicação. Por outro lado, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) admite a possibilidade de restrições à incidência das normas antitruste na medida em que sejam necessárias à manutenção dos serviços de interesse econômico geral no interior dos Estados-membros, atividades essas que se aproximam do conceito de serviços públicos oriundo do direito de matriz romano-germânica. Portanto, a análise do direito europeu e seus testes de transparência e proporcionalidade serão de grande valia para uma melhor compreensão da dinâmica entre direito da concorrência e normas regulatórias, especialmente nas questões envolvendo serviços públicos.

O capítulo se encerra com a análise dos julgados do CADE que expressamente decidiram pela não-incidência da Lei 8.884/94 em determinadas situações, por força de comandos regulatórios cogentes incompatíveis com os ditames de defesa da concorrência. Ter-se-á a oportunidade de demonstrar que esse ente, em várias ocasiões, valeu-se expressamente dos testes cunhados no direito norte-americano, especialmente por meio da *State Action doctrine*, como razões de decidir, temperados, em alguns momentos, pela invocação do princípio da proporcionalidade, o que pode ser compreendido como uma influência (ainda que não explicitada) do direito comunitário europeu. Merece ser destacado, de outro lado, que o CADE jamais reconheceu isenção antitruste a todo um setor da economia; as decisões apresentam apenas práticas empresariais específicas que, tendo sido adotadas no exercício de clara determinação da entidade reguladora, foram consideradas legítimas.

3.2 O tema na jurisprudência norte-americana

O tema da concorrência em setores regulados é objeto de rica jurisprudência por parte da Suprema Corte dos Estados Unidos, país em que a tradição de aplicação da legislação de defesa da concorrência pelos tribunais é antiga.

Por essa razão, em artigo escrito no início dos anos 70, Phillip Areeda chamava a atenção para a necessidade de, nos Estados Unidos, discutirem-se os temas regulatórios à

luz da legislação de defesa da concorrência, pois “a concepção dos juízes sobre questões concorrenciais é primordialmente derivada de ‘*antitrust cases*’. Para comprovar à corte que a agência [reguladora] realizou [bem] o seu trabalho, portanto, esta poderá ser obrigada a discutir questões concorrenciais em ‘termos concorrenciais’ que sejam familiares às cortes”.²⁰⁵

Dessa passagem de Areeda extraí-se a experiência norte-americana bastante consolidada de aplicação do direito concorrencial e, possivelmente, alguma suspeita das cortes judiciais com relação ao trabalho das agências reguladoras, quando a sua atuação termina por propiciar restrição aos padrões de concorrência no mercado.

Por outro lado, o autor destaca que, tendo em vista a cláusula democrática, a autoridade antitruste não pode ignorar a existência de leis ou decisões regulatórias que expressamente autorizem a prática de condutas anticompetitivas, pois, segundo o autor, não é papel das autoridades concorrenciais substituírem as decisões fundamentais do legislador, do governante ou do regulador.²⁰⁶ Nesse sentido, parece ser bastante proveitoso o estudo das decisões da Suprema Corte norte-americana em que esta foi chamada a decidir se normas reguladoras federais ou estaduais teriam ou não isentado determinados segmentos da economia da incidência do *Sherman Act* e da legislação concorrencial que o sucedeu.

A partir dos julgados da Suprema Corte, abordaremos inicialmente, neste capítulo, as teses construídas pela jurisprudência norte-americana para decidir em que situações a presença de regulação normativa de determinado mercado teria por efeito afastar a incidência das normas de defesa da concorrência.

Trata-se de duas teorias bastante parecidas em seus testes, mas distintas em suas origens: a primeira, intitulada *pervasive power doctrine*, foi desenvolvida para reger potenciais conflitos de competências entre a legislação concorrencial (federal) e a legislação regulatória igualmente federal. A segunda, denominada *State action doctrine*, tem por finalidade propiciar o discernimento sobre em que situações a presença de

²⁰⁵ AREEDA, Phillip. Antitrust laws and public utility regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 3, n. 1 (Primavera, 1972), p. 44.

²⁰⁶ “Em suma, a intervenção antitruste sobre o processo político é inapropriada sempre que for determinado que o governo, e não um ator privado, é o tomador da decisão. Mesmo se as decisões resultantes forem anticompetitivas ou parecerem contrárias aos valores gerais de nosso sistema de livre mercado, não é papel do antitruste corrigir falhas no processo democrático”. AREEDA, Philip; HOVENKAMP, Herbert. *Fundamentals of antitrust law*. Austin: Aspen Publishers, suplemento 2008, v. 1, §2.01.

regulação estadual torna um setor econômico imune à incidência da legislação antitruste federal. Por fim, comentaremos a doutrina *Noerr-Pennington*, que resulta de dois julgados em que a Suprema Corte decidiu que não há ilícito anticompetitivo no mero exercício de *lobby* visando à aprovação de legislação restritiva da concorrência.

3.2.1 *Pervasive power doctrine*

Com relação a potenciais conflitos de atribuição entre autoridades administrativas federais e os órgãos norte-americanos de defesa da concorrência, testes foram cunhados pela jurisprudência para resolver casos em que se esteja diante de uma legislação setorial federal potencialmente restritiva ou conflitante com a legislação antitruste.

Segundo Calixto Salomão Filho,²⁰⁷ são duas as situações em que, no direito norte-americano, a competência das autoridades reguladoras (federais) afasta a ingerência das autoridades antitruste e a aplicação da legislação concorrencial.

A primeira dessas hipóteses ocorre quando a competência é conferida pela legislação à autoridade reguladora setorial com o objetivo de substituir a tutela da concorrência, ou seja, à semelhança da *State Action doctrine* (analisada adiante), as atribuições conferidas à agência reguladora são extensas o suficiente para afastar a incidência das normas concorrenciais.²⁰⁸

O segundo caso tem lugar quando a legislação atribui à própria autoridade reguladora o poder de aplicar a legislação concorrencial, ou quando a defesa da concorrência já tenha sido levada em consideração no momento da elaboração da regulação, de modo que a competência da autoridade reguladora seja profunda (*pervasive*) o suficiente para afastar a competência da autoridade antitruste.

²⁰⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica* (princípios e fundamentos jurídicos). 2ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 171.

²⁰⁸ Calixto Salomão Filho observa que, no caso das agências reguladoras federais, as cortes não têm exigido a prova da supervisão efetiva da aplicação dessa regulação, destacando que tal ocorre porque se teria uma maior confiança na competência e na independência dessas, comparativamente às autoridades reguladoras estaduais, das quais essa supervisão é exigida, conforme será detalhado adiante ao se analisar a *State Action doctrine* (*ob. cit.*, p. 172).

A partir dos testes acima mencionados, a jurisprudência norte-americana espelha o entendimento de que uma decisão regulatória, especialmente se em âmbito normativo, possa ser reconhecida como substitutiva da concorrência e, portanto, apta a afastar a legislação antitruste. Em âmbito federal, admite-se ainda que a competência para aplicar a legislação de defesa da concorrência seja conferida à própria autoridade reguladora, situação em que também as autoridades institucionalmente responsáveis por aplicar as normas de defesa da concorrência não terão função a desempenhar.

Esses testes foram desenvolvidos ao longo da jurisprudência da Suprema Corte americana envolvendo setores em que havia preços públicos autorizados por autoridades administrativas independentes (as “*commissions*”).

A primeira conclusão que se retira da análise desses precedentes é que dificilmente uma imunidade será reconhecida se for alegada com base em uma redação normativa fluida e genérica. A Corte também será reticente a reconhecer uma isenção antitruste a partir de interpretações analógicas e ampliativas de situações que estejam expressamente previstas na legislação.

Segundo Hyldon, os primórdios da discussão sobre isenção antitruste podem ser encontrados ainda em *Terminal Railroad Association*, o famoso caso decidido pela Suprema Corte no início do século XX, no qual uma associação de ferrovias foi acusada de cartelização e fechamento de mercado ao impedir que vagões de rodovias não-associadas tivessem acesso ao pátio ferroviário de Saint Louis e à ponte de travessia sobre o rio Missouri.²⁰⁹

Em sua defesa, as associadas argumentaram fazer parte de uma indústria regulada e, portanto, imune à incidência do *Sherman Act*, já que a *Interstate Commerce Commission* - ICC, reconhecida como a mais antiga agência reguladora, tinha desde 1887 competência para regular o setor de transporte ferroviário, inclusive aprovando as tarifas praticadas. O argumento foi rejeitado pela Suprema Corte norte-americana, que se recusou a reconhecer imunidade implícita decorrente tão-somente do fato de estar-se diante de uma indústria regulada.²¹⁰

²⁰⁹ United States v. Terminal Railroad Association. 224 US 383, 32 S.Ct. 507, 56 L.Ed. 810 (1912).

²¹⁰ HYLTON, Keith. *Antitrust law: economic theory & common law evolution*, p. 353. O autor menciona que o caso poderia ser encaixado em uma discussão quanto à *State action doctrine*; no entanto, parece-nos que a situação está mais próxima da *pervasive doctrine*, já que não havia propriamente um conflito federativo, pois tanto a legislação da ICC e o *Sherman Act* eram federais.

Em 1922 a Suprema Corte decidiu que “a aprovação de tarifas como razoáveis e não discriminatórias pela ICC fixava essas características perante um armador que tivesse participado do processo de definição dessas tarifas”, de modo que este não podia exigir perdas e danos em decorrência de alegado sobrepreço que provinha de tarifas aprovadas pelo órgão regulador e eram aplicadas indistintamente a todos os agentes econômicos que estivessem na mesma situação (ou seja, de forma não discriminatória).²¹¹

Na ocasião, a Suprema Corte fez questão de deixar assente, no entanto, que “uma combinação entre transportadoras para fixar tarifas pode ser ilegal e sujeitar-se a processos a serem iniciados pelo governo com base na Lei Antitruste mesmo que essas tarifas sejam razoáveis e não-discriminatórias e, ao que parece, mesmo que tenham sido aprovadas pela *Interstate Commerce Commission*”.²¹²

Com relação à primeira parte da sentença, não há maiores questionamentos, pois o direito norte-americano sempre entendeu que combinações de preços são ilícitos anticoncorrenciais *per se*, de modo que basta a ocorrência do acordo para restar caracterizada violação da legislação antitruste, não sendo necessário discutir se o preço realmente foi fixado de forma supracompetitiva ou não.

A segunda parte da afirmativa, no entanto, parece mais delicada, pois a chancela governamental à tarifa, mediante aprovação da ICC, em princípio, tornaria lícita a sua cobrança, ainda que decorresse de um acordo entre os agentes econômicos para realizar *lobby* junto à entidade reguladora competente para fixá-las. Trata-se da doutrina *Noerr-Pennington*, sobre a qual discutiremos mais adiante.

É preciso considerar, no entanto, que esta decisão é proferida no início do século XX, época em que os testes para reconhecimento de imunidades à incidência do direito concorrencial ainda não estavam tão claramente desenhados. A ilicitude desse acordo chancelado pela autoridade regulatória somente poderia ser reconhecida, a nosso ver, em situações excepcionais, como, por exemplo, em um caso no qual a entidade reguladora aprovasse tarifas-teto para um setor e as empresas, por meio privado, decidissem cartelizar-se para cobrar sempre esse preço-teto.

²¹¹ Keogh v. Chicago & Northwestern Ry. Co., 260 US 156 (1922).

²¹² Keogh v. Chicago & Northwestern Ry. Co., 260 US 156 (1922). No original, em inglês: “A combination of carriers to fix rates may be illegal and subject to proceedings by the government under the Anti-Trust Act even though the rates are reasonable and nondiscriminatory, and, it seems, even though they have been approved by the Interstate Commerce Commission”.

Nesse sentido, duas décadas mais tarde, em *Georgia v. Pennsylvania Railroad Company*, a Suprema Corte afirmou a incidência da legislação antitruste sobre casos envolvendo combinações entre concorrentes para fixar tarifas (consideradas arbitrárias e não competitivas) em mercado regulado (no caso, o mercado de frete de transporte ferroviário de e para o Estado da Georgia). Nessa ocasião, a Corte afirmou que “as empresas estão sujeitas ao direito antitruste”, e que acordos para fixação de preços estavam sujeitos ao *Sherman Act*. Dessa forma, “apenas uma clara repugnância entre a velha norma e a nova resulta em a mais antiga ser derogada e apenas na exata extensão dessa repugnância”. E, por conseguinte, a Corte concluiu que “nenhum dos poderes adquiridos pela Comissão [a *Interstate Commerce Commission*] desde a aprovação do *Sherman Act* relaciona-se à regulação de combinações para fixação de tarifas”.²¹³ Vê-se, assim, que a Corte não acolheu o entendimento de que o mero fato de as tarifas sofrerem algum tipo de supervisão por parte da entidade reguladora setorial seria suficiente para afastar a aplicação das normas de defesa da concorrência a esses mercados.

A esse respeito, merece menção ainda a decisão proferida em *Carnation Co. v. Pacific Westbound Conference*, um caso que envolvia uma discussão sobre preços praticados por serviços portuários. Trata-se de um exportador (“*shipper*”) que ingressou com uma demanda antitruste em face da *Pacific Westbound Conference*, que constituía um conjunto de associações de companhias de navegação que fixava tarifas para os serviços de seus membros, as quais, por sua vez, eram aprovadas pela *Federal Maritime Commission - FMC*.

Tendo em vista que a *Pacific* iniciou, a partir de 1957, uma prática de fazer incidir aumentos sobre o valor da tarifa paga para utilização do transporte aquaviário, a *Carnation* ingressou, em 1962, com uma ação judicial requerendo danos punitivos referentes a três vezes a diferença entre o preço que era cobrado anteriormente a 1957 e aqueles que ela vinha sendo compelida a pagar (“*treble damages*”), alegando que os acordos referentes a esses últimos aumentos nas tarifas violavam a legislação de defesa da concorrência, e não

²¹³ *Georgia v. Pennsylvania Railroad*. Suprema Corte, 1945, 324 US 439, 65 S. Ct., 716, 89 L.Ed. 1051. Citado em HARRISON, Jeffrey L; MORGAN, Thomas; VERKUIL, Paul. *Regulation and deregulation: cases and materials*. 2ª ed. Saint Paul: West Publishing Co., 2004, p. 530. Os autores informam ainda que, em reação a essa decisão, o Congresso aprovou posteriormente uma lei conferindo à ICC poderes para aprovar acordos entre as transportadoras, desde que submetidos à apreciação da Comissão, criando, assim, uma exceção expressa à incidência da legislação antitruste. O caso iniciado pelo Estado de Geórgia foi encerrado por acordo.

havam sido aprovados pela FMC. Para os acordos homologados pela FMC, a lei conferia isenção antitruste em seu §15.²¹⁴

Em defesa, *Pacific* afirmou que a legislação setorial (o *Shipping Act* de 1916) seria clara em afastar a incidência da legislação antitruste sobre os preços cobrados na indústria de navegação e que, portanto, a demanda seria improcedente.

Em sua decisão, a Suprema Corte concluiu que:

“A Lei de Navegação contém uma previsão explícita que isenta atividades que sejam lícitas de acordo com o §15 da Lei da incidência do *Sherman* e do *Clayton Acts*. Esta previsão expressa cobre apenas acordos aprovados [pela FMC], mas não se aplica à implementação de acordos não aprovados, que são especificamente proibidos pelo §15. A criação de uma isenção antitruste para atividades de fixação de tarifas que são lícitas de acordo com o *Shipping Act* implica que atividades ilícitas de fixação de tarifas não estão isentas. (...) Não acreditamos que as previsões remanescentes do *Shipping Act* possam ser razoavelmente interpretadas como implicando uma repulsa a [incidência de] toda a regulação antitruste sobre as atividades de fixação de tarifa da indústria de navegação.

(...)

Portanto, parece provável que o Comitê [que investigou o tema no âmbito do Legislativo, previamente à aprovação do *Shipping Act*] somente quis conferir uma isenção limitada para a indústria da navegação. Não acreditamos que seu propósito seria frustrado pela aplicação da legislação antitruste à implementação de acordos da *Conference* que não estiveram sujeitos ao escrutínio público e não foram examinados por uma agência governamental”.²¹⁵

Esta decisão, embora pareça relativamente simples face à expressa redação do §15 do *Shipping Act*, é relevante por demonstrar a impossibilidade de interpretações ampliativas de isenções à incidência da legislação antitruste, no que, aliás, segue a regra de hermenêutica segundo a qual exceções à norma geral devem ser interpretadas restritivamente. E a norma geral é a incidência da legislação de defesa da concorrência.²¹⁶

²¹⁴ Seção 15, 46. U.S.C. § 814. “Qualquer acordo e qualquer modificação ou cancelamento de qualquer acordo não aprovado, ou desaprovado, pela Comissão, será ilegal, e acordos, modificações e cancelamentos serão lícitos somente quando e enquanto aprovados pela Comissão; antes da aprovação ou após a desaprovação será ilícito levar a efeito, totalmente ou em parte, direta ou indiretamente, qualquer dessa espécie de acordo, modificação ou cancelamento; (...)”.

²¹⁵ *Carnation Co. v. Pacific Westbound Conference*. Supreme Court of the United States, 1966. 383 U.S. 213, 86 S.Ct. 781, 15 L.Ed. 2d 709.

²¹⁶ Esta decisão cita ainda o precedente *United States v. Philadelphia National Bank*, no qual a Suprema Corte afirmou que “[r]epelir as normas antitruste por meio de inferências de uma lei regulatória é [uma prática] fortemente desfavorecida, e somente foi reconhecida em casos de plena repugnância entre normas antitruste e regulatórias”. *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321.

Em outra decisão que tangenciou o tema do potencial conflito entre regulação setorial e normas de defesa da concorrência, a Suprema Corte deparou-se com a seguinte situação: em 1957, *El Paso Natural Gas Company* adquiriu ações de *Pacific Northwest Pipeline* e, em seguida, ingressou com pedido na *Federal Power Commission – FPC* para aquisição de ativos relacionados. É relevante mencionar que o *Natural Gas Act* somente exigia que se requeresse prévia aprovação para a compra de ativos, porém não para aquisição de participação societária.

Ocorre que, entre a data de aquisição de ações e a data de protocolo do pedido de aquisição de ativos na FPC, o governo americano ingressou com uma ação judicial, com base no §7º do *Clayton Act*, sustentando que a operação entre *El Paso* e *Pacific Northwest Pipelines* seria anticompetitiva. A Suprema Corte foi então chamada a decidir se a *Federal Power Commission* deveria prosseguir com sua análise quanto ao pedido de aquisição dos ativos, do ponto de vista regulatório, ou se deveria aguardar o desfecho da ação judicial em curso com base na legislação de defesa da concorrência.

Aplicando a teoria da “*primary jurisdiction*”, a Corte determinou a suspensão do processo administrativo até o julgamento do processo judicial, sustentando que a prevalência da legislação antitruste fazia com que a deferência se aplicasse, no caso, em favor da autoridade (judicial) em matéria de defesa da concorrência:

“Não nos cabe dizer se as políticas legislativas complementares refletidas no §7 do Clayton Act, de um lado, e no §7 do Natural Gas Act, de outro, deveriam ser mais bem acomodadas. Nossa função é cuidar para que a política confiada às cortes não seja frustrada por uma agência administrativa. Quando a jurisdição primária é da agência, as cortes suspendem a sua atuação até que a agência tenha agido. O contrário também deveria ser verdade, para que a política antitruste, cuja efetividade foi confiada pelo Congresso, nessas situações, aos tribunais, não seja, em termos de efeitos práticos, tomada pela Federal Power Commission. Além disso, como notado, a Comissão, ao estabelecer que ‘qualquer restrição à concorrência não é substancial’ estava no domínio do Clayton Act, um domínio que é confiado à corte na qual o processo antitruste estava pendente.”

Dessa forma, a Suprema Corte determinou que o processo administrativo regulatório aguardasse o desfecho da ação antitruste, em um arrazoado que sustenta a

primazia da decisão judicial, baseada na legislação concorrencial, sobre a legislação regulatória setorial, aplicada pela agência reguladora.²¹⁷

Ao comentar esta decisão, Areeda criticou o fato de a Suprema Corte ter aparentemente desprezado a possibilidade de cooperação da agência reguladora na definição das questões concorrencialmente relevantes no setor regulado, ao ter exigido que a Corte Distrital decidisse antes da agência reguladora (a FPC). De acordo com o autor, essa exigência refletia o receio, por parte da Suprema Corte, de que, caso esperassem a decisão da autoridade reguladora, os tribunais pudessem ficar influenciados por sua visão, que estaria, por sua vez, sujeita aos riscos decorrentes da captura.²¹⁸

Em outro precedente relevante, tem-se o caso de *Otter Tail Power*, que era uma empresa que detinha quatro concessões municipais de fornecimento de energia.

Findos os contratos de concessão, as municipalidades pretenderam prestar diretamente o serviço de fornecimento de energia, tendo requerido, para tanto, que *Otter Tail Power* lhes vendesse energia e lhes permitisse o uso da sua rede, através da celebração de contratos de acesso e interconexão, a fim de que os municípios pudessem também adquirir energia de terceiros. *Otter Tail Power* negou-se tanto ao referido fornecimento como a permitir o acesso, tendo tal prática sido identificada como anticoncorrencial, pois o agente teria utilizado sua posição de monopolista natural para, através da recusa de entregar energia de terceiros por meio da sua rede, obrigar os consumidores das municipalidades por ele atendidas a dele adquirir toda a energia necessária.

No que interessa ao tema das isenções antitrustes, é relevante mencionar que, apesar de se tratar de mercado regulado pela *Federal Power Commission*, a Suprema Corte

²¹⁷ HANDLER *et alli* informam que a fusão entre as empresas acabou sendo condenada pelo Poder Judiciário. HANDLER, Milton; PITOFSKY, Robert; GOLDSCHMID, Harvey; WOOD, Diane. *Trade regulation: cases and materials*. 4^a ed., 3^a reimpressão. Nova Iorque: The Foundation Press, 2001, p. 1088, nota 8.

²¹⁸ Nas palavras de Areeda: “A Corte também decidiu, surpreendente e incompreensivelmente, que a Corte Distrital tinha que decidir a questão antitruste antes de que a Comissão decidisse a questão regulatória. O Juiz Douglas, escrevendo em nome da Corte, parecia temer que a decisão da Comissão influenciasse o júri de forma inapropriada”. Em seguida, critica: “o resultado é muito curioso. Obviamente, a existência de regulação de gasoduto se qualifica para a aplicação das normas concorrenciais ordinárias constantes do direito antitruste. Se uma corte está para decidir, como instância final, sobre o ato de concentração, ela deve, logicamente, levar em consideração as circunstâncias especiais da indústria. É difícil ver como uma corte possa ser compelida a tomar sua decisão sem o auxílio da autoridade reguladora. É provável que a ‘corte antitruste’ fique à deriva, [de um lado] eliminada, pela lei regulatória, de suas premissas usuais sobre o papel da concorrência, e [, de outro,] privada, pelo Juiz Douglas, de ser informada, para o seu julgamento antitruste, sobre qualquer entendimento da FPC”. AREEDA, Phillip. Antitrust laws and public utility regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 3, n. 1 (Primavera, 1972), p. 49.

entendeu não haver, no caso, imunidade à aplicação das normas de defesa da concorrência, baseando-se no fato de que a regulação estimulava os acordos voluntários entre agentes econômicos e, portanto, não podia ser considerada exaustiva ou supletiva do mercado:

“O Congresso rejeitou um esquema de regulação exaustiva para controlar a distribuição interestadual de energia, em favor de relações comerciais voluntárias. Quando essas relações são governadas, em primeira instância, pelo julgamento [dos homens] de negócios e não por coerção regulatória, as cortes devem ser hesitantes em concluir que o Congresso tenha querido afastar as políticas nacionais fundamentais que estão incutidas nas normas antitruste.”²¹⁹

Poucos anos depois, em *United States v. AT&T*, a Corte Distrital de Columbia decidiu, em caso envolvendo alegações de práticas anticoncorrenciais pela AT&T no mercado de telecomunicações e equipamentos, que, de acordo com a jurisprudência firmada pela Suprema Corte (citando os precedentes acima colacionados), em regra a mera regulação por autoridade administrativa independente não afasta a incidência das normas de defesa da concorrência, o que ocorreria apenas em duas específicas circunstâncias:

“a conduta regulada, no entanto, é considerada imune da aplicação das normas antitruste em duas situações relativamente fechadas: (1) quando uma autoridade reguladora tem, com a aprovação do Congresso, exercido explícita autoridade sobre a prática questionada (distinguindo-se essa de matérias genéricas) de tal forma que a efetividade da legislação antitruste pudesse interferir com a regulação... e (2) quando a regulação por uma autoridade sobre uma indústria ou algumas de suas componentes ou práticas seja tão profunda que seja presumido que o Congresso tenha determinado que a competição seja um meio inadequado de promoção do interesse público”.²²⁰

Ao analisar essa decisão, Handler *et alli* comentam que esta foi bastante feliz em compilar o entendimento da Suprema Corte sobre a relação entre concorrência e regulação, e sintetizam:

“Imunidade implícita de normas antitruste não é favorecida nem mesmo em indústrias altamente concentradas. No entanto, uma inferência de imunidade implícita será feita quando a intenção do Congresso for clara. Tal inferência poderá

²¹⁹ Otter Tail Power Co. v. United States, 410 US 366, 93 S.Ct. 1022, 35 L.Ed.2d 359 (1973).

²²⁰ United States v. American Telephone & Telegraph Co. United States District Court, District of Columbia, 1978. 461 F.Supp. 1314.

surgir (1) da necessidade de evitar-se conflito irreconciliável entre o ato regulatório e as normas antitruste (necessidade); (2) da abrangência [*pervasiveness*] do esquema regulatório ('abrangência'); ou (3) do caráter auto-regulatório desse esquema ('auto-regulação').

A justificação da 'necessidade' se aplica quando uma agência reguladora, exercendo claramente a sua autoridade legal, realizou uma determinação explícita a respeito do ato ou prática questionada (conforme distinguido de uma assertiva de autoridade sobre um assunto de forma genérica), de tal modo que a aplicação da norma antitruste seria inconsistente com a decisão regulatória. O critério de 'abrangência' se aplica quando se presume que o Congresso teria pretendido substituir os mecanismos de mercado pelas decisões administrativas. A racionalidade por detrás da exceção da 'auto-regulação' é que o Congresso tenha pretendido que os grupos industriais privados tomem decisões em conjunto sob supervisão regulatória, suplantando o mecanismo de mercado.²²¹

Tratando da questão, Herbert Hovenkamp esclarece que, para decidir se a regulação setorial federal afasta a incidência das normas de defesa da concorrência, as seguintes questões deverão ser respondidas:

- “(1) se a conduta questionada estava dentro do rol de competências da agência;
- (2) se a conduta foi efetivamente apresentada para análise da autoridade reguladora;
- (3) se a autoridade reguladora apropriadamente considerou as potenciais consequências anticompetitivas;
- (4) se a aplicação das normas antitruste no caso particular criaria ordens inconsistentes ou frustraria a operação do processo regulatório; e
- (5) se a agência tem uma expertise especial, geralmente não disponível aos tribunais antitruste, para avaliar um pedido em particular”.²²²

Mais recentemente, o tema voltou novamente a ser decidido pela Suprema Corte, em caso no qual *Flamingo Industries Ltd.* acusou *Postal Service* de infringir a legislação antitruste, quando este último rescindiu o contrato para fabricação de sacos para transporte de correspondência com o primeiro. A demanda foi julgada improcedente em primeira instância, decisão esta posteriormente revertida na segunda instância. Tendo o caso chegado à Suprema Corte, esta novamente reverteu a decisão, entendendo que *Postal*

²²¹ HANDLER, Milton; PITOFISKY, Robert; GOLDSCHMID, Harvey; WOOD, Diane. *Trade regulation: cases and materials*, p. 1102.

²²² HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy*, p. 704.

Service não estava sujeito à legislação antitruste, por ser um ente que pertence à própria Administração Pública federal norte-americana.

A relevância deste caso consiste em ter a Suprema Corte decidido que órgãos estatais e entidades administrativas independentes não estão sujeitos a ser réus em ações judiciais nas quais se alegue violação das normas de defesa da concorrência, em razão de serem consideradas “parte” do “governo”, desenvolvendo atividades tipicamente estatais.²²³ Ou seja, uma entidade estatal não empresária, no exercício de suas funções públicas, não pode ser acusada de descumprir o *Sherman Act*, caso tome decisões que alegadamente tenham o condão de restringir a concorrência (por exemplo, uma entidade reguladora não poderia ser acionada com base no *Sherman Act* caso, no exercício de seu poder normativo, aprovasse uma regra alegadamente anticompetitiva).²²⁴

Por fim, merece menção que o Título 15, Capítulo 1, §18, do *US Code* (“*Acquisition by one corporation of stock of another*”), afasta a necessidade de notificação prévia de atos de concentração de operações ocorridas em diversos mercados sujeitos a entidades reguladoras setoriais. Após afirmar que nenhuma pessoa engajada no comércio ou em qualquer atividade que afete o comércio poderá adquirir participação societária que possa reduzir substancialmente a concorrência ou tender à criação de um monopólio, o dispositivo legal ressalva:

“Nada do disposto nesta seção será aplicável a operações devidamente consumadas de acordo com a autoridade dada pela Secretaria de Transporte, a Agência Federal de Energia Elétrica, o Órgão de Transporte de Superfície, a Comissão de Valores Mobiliários no exercício de sua competência de acordo com a Seção 79j deste Título, a Agência Marítima dos Estados Unidos, ou a Secretaria de Agricultura, sob

²²³ *Postal Service v. Flamingo Industries (USA) Ltd.* 540 U.S. 736 (2004). 302 f.3d 985. “Decisão: o Postal Service não está sujeito à responsabilidade antitruste. Tanto em forma quanto na sua função, [ele] não é uma pessoa antitruste separada dos Estados Unidos, mas é parte do Governo e, portanto, não é controlado pelas normas de direito antitruste”. Adiante, esclarece-se: “para os propósitos da lei antitruste, o Postal Service não é uma pessoa diferente dos Estados Unidos. A designação [normativa] do Serviço Postal como um ‘estabelecimento independente do braço executivo do governo dos Estados Unidos, 39. USO §201 não é consistente com a idéia de que o Postal Service seja uma entidade fora do Governo”.

²²⁴ Interessante observar que, nesta decisão, a Corte ressalva que, caso o Postal Service tivesse natureza empresária (o que não era o caso), seria necessário discutir se, sendo uma entidade estatal de caráter empresarial, estaria subsumida ao conceito de “*corporation*” previsto no *Sherman Act*. No entanto, como o Postal Service tinha sido constituído pelo Congresso sob a forma jurídica de entidade independente, essa questão não era relevante para o deslinde do caso. Merece ser mencionado que discussão semelhante é travada no direito brasileiro. O art. 15 da Lei 8.884/94 e o art. 31 da Lei 12.529/2011 determinam que sua aplicação estende-se a pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado. Embora a norma aluda às pessoas jurídicas de direito público, sustenta-se que essa incidência deveria se limitar a atividades empresárias, não alcançando entidades públicas quando no exercício de atividades típicas de Estado relacionadas a poder normativo e demais faces da regulação.

qualquer previsão legal que outorgue esses poderes a essa agência, órgão ou secretaria.²²⁵

Há, portanto, no direito norte-americano, setores expressamente excluídos do controle estrutural de concentrações à luz da legislação de defesa da concorrência, o que não impede, como visto no caso *El Paso*, que a licitude de um ato de concentração venha a ser questionada em juízo.

3.2.2 *State action doctrine*

A doutrina da *State Action* estabelece que uma atividade econômica estará imune à incidência das normas antitruste quando houver legislação estadual cujo conteúdo deixe claro o seu objetivo de substituir a concorrência, no contexto de uma política pública definida por um Estado no exercício da sua autonomia federativa. Além disso, essa política substitutiva da concorrência deve ser efetivamente aplicada pelo Estado que a concebeu.

Em *Parker v. Brown* (1943), a Suprema Corte esclareceu que a decisão do Estado da Califórnia de realizar uma política de quotas para agricultura não constituía uma violação ao *Sherman Act*, pois os Estados da federação têm poder para, no uso de sua soberania (parcial), estabelecer programas de quotas. Nas palavras do Juiz Stone, relator do caso, “o Estado, ao adotar e executar o programa de quotas, não realizou qualquer contrato ou acordo nem ingressou em uma conspiração para restringir o comércio ou estabelecer um monopólio, mas, como soberano, impôs a restrição como um ato de governo que o *Sherman Act* não pretendeu proibir”.²²⁶

²²⁵ No original: “Nothing contained in this section shall apply to transactions duly consummated pursuant to authority given by the Secretary of Transportation, Federal Power Commission, Surface Transportation Board, the Securities and Exchange Commission in the exercise of its jurisdiction under section 79j of this title, the United States Maritime Commission, or the Secretary of Agriculture under any statutory provision vesting such power in such Commission, Board, or Secretary”. Fonte: http://www.law.cornell.edu/uscode/15/uscode_sec_15_00000018---000-.html#FN-1. Acesso em 04.10.2011.

²²⁶ *Parker v. Brown*, 317 U. S. 341. J. em 04.01.1943. A favor de uma visão mais liberal da doutrina da *State Action*, veja-se Keith Hyldon: “Além dos supostos benefícios do federalismo, há um segundo argumento, em termos de políticas públicas, a favor de uma visão mais liberal quanto ao tema da imunidade – ou seja, a uma doutrina de imunidade mais ampla. Se a supervisão adequada e ativa relacionada à doutrina *Parker* fosse efetivada de maneira rigorosa, então ficaria claro aos atores estatais que a forma deles terem certeza de ficarem imunes à persecução antitruste seria controlar todos os aspectos de um negócio. Em outras palavras,

Ao longo de decisões que envolveram a discussão sobre regulação estadual potencialmente restritiva da concorrência *versus* a legislação antitruste federal, dois foram os testes criados pela Suprema Corte para decidir se a regulação setorial afastaria ou não a incidência da legislação antitruste.

Em primeiro lugar, existe a necessidade de se atentar para a extensão dos poderes conferidos à autoridade reguladora estadual na substituição da dinâmica de mercado (por exemplo, para fixar preços ou quotas de produção). Em segundo lugar, deve-se verificar se esses poderes extensivamente conferidos têm sido efetivamente exercidos (isto é, qual a profundidade das competências conferidas). Isso significa que a previsão meramente formal de competências não é suficiente para afastar o exercício das atribuições da autoridade concorrencial se, apesar de formalmente previstas, na prática essas atribuições não forem, de fato, exercidas.²²⁷

Esses testes, que foram considerados satisfeitos em *Parker v. Brown*, não foram atendidos em uma decisão subsequente, em que foi questionado se as normas de ética para advocacia editadas pela Suprema Corte do Estado de Virginia, com base em legislação autorizativa, permitiam a fixação de tabelas de honorários em violação ao *Sherman Act*, com base na *State Action doctrine*.²²⁸ Nesta decisão, a Suprema Corte entendeu que não havia qualquer dispositivo na legislação da Virginia que indicasse a intenção do legislador em autorizar práticas restritivas da concorrência por meio da normatização ética da profissão a ser realizada pela Ordem dos advogados.

Segundo a decisão, no caso em tela não havia sido satisfeito o primeiro teste instituído pela doutrina *Parker v. Brown*, qual seja, o intuito deliberado de substituir a

a doutrina *Parker* encoraja a regulação de ‘comando e controle’ em um estilo soviético, uma experiência que já se provou desastrosa”. HYLTON, Keith. *Antitrust law: economic theory & common law evolution*, p 372.

²²⁷ Veja-se, nesse sentido, trecho da decisão *California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal*: “a Corte, a partir dos precedentes *Parker v. Brown* e julgados subsequentes, esclareceu que, para haver imunidade antitruste: ‘primeiramente, a restrição questionada deve ser ‘claramente articulada e afirmativamente expressada como política pública’; e em segundo lugar, a política deve ser ‘ativamente supervisionada’ pelo próprio Estado”. *California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal Aluminum, Inc.* 63 L.Ed.2d 233; 100 S.Ct. 937; 445 U.S. 97, j. em 03.03.1980.

²²⁸ É preciso esclarecer que a legislação da Virginia conferia à Suprema Corte estadual o poder de normatizar sobre ética na advocacia, cabendo à Ordem dos Advogados seguir este código. A Ordem buscou sustentar que, ao divulgar as tabelas de honorários profissionais, apenas executava o Código de Ética da Corte, mas esse argumento não foi acolhido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que condenou-a por fixação de preços.

incidência da legislação antitruste pelas normas estaduais.²²⁹ Veja-se que a lei conferia competência à Corte para regulamentar a ética advocatícia e à Ordem para implementá-la, mas não mencionava, muito menos obrigava à fixação de preços (através da tabela de honorários) como sendo uma atividade inerente à ética advocatícia.

Os testes também não foram considerados atendidos em outro caso julgado na Suprema Corte, em que um distribuidor ingressou com uma ação judicial sustentando que a política de fixação de preços de revenda de vinho na Califórnia ofendia a legislação antitruste (*California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal Aluminum Inc.*).

Nessa decisão de 1980, a Suprema Corte manteve o julgamento de segunda instância que condenara referida política como restritiva da concorrência, esclarecendo que não teria restado atendido o segundo requisito dos testes fixados em Parker, pois embora “a política legislativa esteja diretamente estatuída e clara no seu propósito de permitir fixação dos preços de revenda”, “o programa, no entanto, não atende ao segundo requisito para imunidade em Parker. O Estado simplesmente autoriza a fixação de preços e executa os preços estabelecidos por pessoas privadas. O Estado nem fixa os preços nem revisa a razoabilidade das listas de preços; nem monitora condições de mercado ou se engaja em ‘ponto de reexame’ do programa”.²³⁰

Em suma, nessa decisão a Suprema Corte esclareceu que, para fins de imunidade, não se mostrava suficiente que o Estado autorizasse os agentes econômicos a adotar posturas comerciais anticompetitivas. Para haver isenção seria necessário que o Estado realizasse uma supervisão efetiva dessas ações, a fim de ter certeza de que estariam em conformidade com a política pública que a justificou e, ainda, garantir que outras ações restritivas da concorrência (não abrangidas pela imunidade) não deixariam de ser sancionadas pelo Estado.²³¹

²²⁹ “Do fato de que a Ordem dos Advogados estadual seja um órgão para alguns propósitos limitados não cria um escudo antitruste que lhe permita incentivar práticas anticompetitivas para o benefício de seus membros. A Ordem estadual, ao estatuir que o desvio das tarifas mínimas da Ordem local poderia levar a uma ação disciplinar, voluntariamente se juntou ao que seria essencialmente uma atividade anticompetitiva privada, e esta postura não pode ser reclamada como estando além do alcance da Lei Sherman.” Goldfarb v. Virginia State Bar, 421 US 773, 95 S.Ct., 2004, 44 L.Ed. 2d 572 (1975).

²³⁰ *California Retail Liquors Dealers Association v. Midcal Aluminum, Inc.* Suprema Corte dos Estados Unidos, 1980. 445 U.S. 97, 100 S Ct. 937, 63 L.Ed. 2d. 233.

²³¹ GOETZ, Charles; McCHESNEY. *Antitrust law: interpretation and implementation*. 2nd edition. São Francisco: LexisNexis, 2002, pp. 770/771.

Posteriormente, em 1985, esses testes foram, de certa forma, relativizados, tendo sido dispensado que a norma legislativa seja expressa em conceder a isenção, desde que se infira claramente do contexto regulatório estadual o interesse de substituir as normas concorrenciais federais por um modelo regulatório estadual com elas incompatível, também não sendo mais tão essencial a efetiva supervisão.

Em caso julgado pela Suprema Corte naquele ano, foram questionadas práticas adotadas por *Southern Motor Carriers Rate Conference, Inc.* e *North Carolina Motor Carriers Association, Inc.*²³², que constituíam escritórios que submetiam tarifas de transporte rodoviário à aprovação de *Public Service Commissions* de quatro Estados. Com base na estrutura em vigor, a prática dessas tarifas era autorizada pelo poder público, embora não fossem compulsórias, podendo ser estabelecidos preços inferiores. O governo federal questionou a legalidade dessa política de tarifas conjuntamente acordadas e autorizadas pelas autoridades administrativas estaduais como sendo violadoras do *Sherman Act*.

Ao confirmar a legalidade da política estadual de aprovação das tarifas, a Suprema Corte decidiu que “as normas federais antitruste não proíbem os Estados de adotarem políticas que permitam, mas não obriguem, condutas anticompetitivas pelos entes privados regulados”. A Corte estabeleceu, ainda, que “[u]m ente privado que atue de acordo com um programa regulatório anticompetitivo não necessita ‘apontar uma autorização legislativa detalhada, específica’ para a conduta questionada. Enquanto o Estado, como soberano, claramente pretenda afastar a concorrência em um campo específico com uma estrutura regulatória, a primeira parte dos testes em *Midcal* estará satisfeita”. Em síntese, a Corte decidiu que “se a intenção do Estado em estabelecer um programa regulatório anticompetitivo está clara (...), o fato de o Estado falhar em descrever a forma de implementação da sua política em detalhes não sujeita o programa às restrições das normas antitruste federais”.²³³

²³² *Southern Motor Carriers Rate Conference v. United States*. Suprema Corte dos Estados Unidos, 1985. 471 US 48, 105 S.Ct. 1721, 85 L.Ed. 2d 36.

²³³ Em sentido semelhante, no mesmo ano foi decidido o caso *Town of Hallie v. City of Eau Claire*, no qual se discutiu se a decisão de uma cidade de monopolizar o serviço de saneamento, afastando, portanto, a possibilidade de que empresas de cidades vizinhas pudessem prestá-lo, constituía uma violação das normas de defesa da concorrência. A Corte decidiu que “os atos da Cidade de Eau Claire neste caso estão isentas do *Sherman Act*. Elas foram tomadas de acordo com uma política estadual articulada de substituir a concorrência no fornecimento de serviço de saneamento por regulação”. Foi decidido ainda que “a supervisão estadual ativa não é um pré-requisito para isenção das normas antitruste onde o ator é uma municipalidade e não uma

Por outro lado, poucos anos depois, em *FTC v. Ticor Title Insurance Co.*, a fixação de tarifas de certo serviço relacionado à pesquisa de regularidade da cadeia dominial de registro de imóveis foi considerada *prima facie* ilegal, à luz do *Sherman Act*. A Corte decidiu que “nenhuma ofensa antitruste é mais grave do que a fixação de preços” e que esta, sendo baseada em uma aparente inação das autoridades estaduais, deveria ser objeto de consideração mais detalhada por parte das cortes judiciais, razão pela qual foi decidido o seu reenvio para aprofundamento quanto à extensão da supervisão estatal sobre a política de fixação de preços adotada.²³⁴

As decisões acima elencadas, a partir das quais foi construída a doutrina da *State Action*, necessitam ser compreendidas no contexto do sistema federativo norte-americano. Conforme observa William Page, para que se faça a distinção entre a política interventiva dos Estados-membros, com potencial de derrogar a aplicação da legislação de defesa da concorrência, e os meros monopólios privados, faz-se essencial atentar para as razões constitucionais subjacentes à conferência de poder decisório sobre questões econômicas aos Estados-membros.²³⁵

pessoa privada” (*Town of Hallie v. City of Eau Claire*. Suprema Corte dos Estados Unidos, 1985. 471 U.S. 34, 105 S. Ct., 1713, 85 L.Ed. 2d 24).

²³⁴ Refletindo sobre a existência ou não de isenções implícitas à aplicação do direito da concorrência ainda na década de 80, Paul Joskow sustentava, a partir da jurisprudência dominante, a necessidade de que as isenções antitruste estivessem claras e expressas na regulação, sob pena de não serem reconhecidas: “é agora norma estabelecida que as empresas reguladas estão sujeitas ao direito antitruste, a menos que exista uma clara isenção legal. A visão que prevalecia até os anos 1970, no sentido de que o comportamento das empresas reguladas estaria sujeito a uma ‘*state action immunity*’ implícita, foi consideravelmente restringida. As cortes podem determinar que um certo comportamento que pudesse, em outro contexto, ser considerado uma violação do direito antitruste em uma indústria desregulada, seja imune à investigação antitruste se este comportamento for aprovado por uma agência reguladora com a intenção de substituir o direito antitruste, ou for autorizado por uma agência reguladora federal ou estadual e ativamente supervisionado por essa agência. A redução da imunidade das empresas reguladas no que tange à incidência do direito antitruste, ausente uma isenção legal específica, reflete a crença de que a regulação é imperfeita, que qualquer concorrência residual que não tenha sido restringida pela regulação tende a ser benéfica e consistente com os objetivos regulatórios, e que o processo regulatório pode ser manipulado para restringir a concorrência, permitindo que empresas reguladas obtenham e exercitem poder de mercado.” JOSKOW, Paul. *Mixing regulatory and antitrust policies in the electric power industry: the price squeeze and retail market competition*. In FISHER, Franklin (ed.). *Antitrust and regulation: essays in memory of John J. McGowan*. London: The MIT Press, 1985, pp. 182 e 183.

²³⁵ “Em grande medida, a regulação estadual é tão-somente a extensão da atividade monopolista privada para a esfera governamental. Fosse essa a extensão do problema, a doutrina *Parker* seria uma anomalia intolerável na política antitruste federal, supostamente definida pela eficiência econômica. Para se encontrar uma justificativa para essa doutrina, no entanto, deve-se olhar para o princípio – desenvolvido em direito constitucional na década anterior a *Parker* – de deferência judicial às escolhas econômicas estaduais cujos custos e benefícios recaiam primariamente sobre os cidadãos do Estado. (...) A Corte há muito reconheceu que um olhar devido sobre a soberania dos Estados e uma consciência apropriada dos limites da competência judicial requerem que a intenção do Congresso para afastá-las seja particularmente explicitada em áreas tradicionalmente reguladas pelos Estados.” PAGE, William. *Interest groups, antitrust, and State regulation*:

Para o autor, a restrição da doutrina a “atos claramente articulados pelo Estado enquanto soberano é uma qualificação necessária e eficaz” para que incida a imunidade observada em Parker, sendo insuficiente que esta seja determinada por um corpo burocrático administrativo, sem o poder de representatividade que é próprio às casas legislativas. Em suma, a legitimidade de normas estaduais alegadamente anticoncorrenciais adviria do seu debate no legislativo.

Por outro lado, Page refuta a tese de que a regulação substitutiva da concorrência somente deva ser aceita quando as falhas de mercado forem de tal ordem que tornem a concorrência ineficiente; em sua visão, “o legislativo afasta a concorrência por uma série de razões, e está além da competência judicial isolar os esquemas anticoncorrenciais bons dos ruins”.²³⁶

Do mesmo modo, o autor recusa a teoria de que o Judiciário deva intervir sobre legislações estaduais que sejam editadas como resultado de captura por um determinado grupo de pressão: o fato de um determinado grupo “ganhar” a regulação no debate legislativo faz parte do jogo democrático, não devendo o Poder Judiciário adentrar nessa seara.²³⁷⁻²³⁸

Parker v. Brown in the economic theory of legislation. *Duke Law Journal*, v. 1987, No. 4 (set-1987), pp. 620/621.

²³⁶ PAGE, William. Interest groups, antitrust, and State regulation, pp. 623/624.

²³⁷ “O uso da [teoria da] captura como um critério para intervenção é sujeita a duas objeções. Primeiramente, mostra-se altamente duvidoso que a captura seja um indício de ilegitimidade em uma democracia constitucional; legislação que é resultado de captura não pode ser distinguida, em princípio, de qualquer outra legislação redistributiva. Em segundo lugar, ainda que fôssemos aceitar a distinção, em princípio, entre captura e outras espécies de legislação, não deveria ser papel dos tribunais aplicar a distinção como um critério de legitimidade”. PAGE, William. Interest groups, antitrust, and State regulation, p. 652. Adiante, o autor reforça: “Ainda que as cortes devessem, em princípio, invalidar normas que fossem o resultado de captura, elas são institucionalmente incapazes de distinguir tais normas daquelas que são resultantes de uma [dada] concepção de interesse público”. (p. 655) Em sentido semelhante, Phillip Areeda sustenta que, a partir da decisão Parker, ficou claro que “as normas de direito antitruste são direcionadas à ação de pessoas privadas e não a ações legislativas ou ações dos órgãos administrativos estatais”. AREEDA, Phillip. Antitrust laws and public utility regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 3, n. 1 (Primavera, 1972), p. 54.

²³⁸ Nesse sentido, o autor é crítico das amplas delegações legislativas às autoridades reguladoras no que concerne à discussão sobre isenção da aplicação da lei antitruste federal. Após citar trechos de “O Fedealista”, conclui: “Portanto, através da reconciliação dos interesses em um processo deliberativo controlado pela representação e várias formas de controle auxiliares, a legislação produz o controle da dominância faccionária que os fundadores buscavam. Quando, no entanto, a legislação toma a forma de delegação a uma agência administrativa, a partir de um standard vago ou sem sentido, o processo legislativo não leva a uma resolução definitiva dos interesses”. PAGE, William. Interest groups, antitrust, and State regulation, p. 631.

Neste aspecto, a visão de William Page sobre a doutrina da *State Action* é bastante interessante para algumas das discussões que se seguirão sobre a interface entre regulação e concorrência no direito brasileiro quando envolver temas federativos (como ocorre, por exemplo, no setor de distribuição de gás canalizado, constitucionalmente reconhecido como mercado sob competência legislativa dos Estados-membros da federação – art. 25, §2º, CF/88).

De acordo com Page, maior deferência deve ser conferida, pelas autoridades judiciais, às decisões estaduais que, apesar de contrariarem o *Sherman Act* e a legislação concorrencial subsequente, sejam tomadas pelo Poder Legislativo estadual, e não por autoridades administrativas estaduais, tendo em vista que, nessas, a legitimidade democrática seria menor e o risco de captura, maior.

É interessante observar ainda o esclarecimento de Phillip Areeda quando ressalva que, mesmo que a agência reguladora possua competência, conferida por lei, para conceder uma isenção antitruste, esse ato da agência estará sujeito a escrutínio do Poder Judiciário quanto ao procedimento e à razoabilidade da decisão tomada. Ou seja: caso a isenção seja explícita, muito provavelmente as cortes judiciais reconhecerão a inaplicabilidade das normas concorrenciais aos agentes econômicos por ela beneficiados; porém, o ato concessivo da imunidade, em si, poderá ser questionado. No mesmo sentido, a legislação estadual restritiva da concorrência poderá ser questionada quanto à razoabilidade de sua imposição à luz dos objetivos regulatórios almejados.²³⁹

O autor observa que não deve ser reconhecida imunidade unicamente a partir da inação da agência, rejeitando, portanto, teses que tenham por pressuposto uma isenção implícita da incidência da legislação antitruste sobre determinado mercado ou agente econômico.²⁴⁰ Em sentido semelhante, Stephen Ross observa que a maior dificuldade analítica para se lidar com a *State action doctrine* parte dos “problemas que surgem quando

²³⁹ “Quando uma agência possui competência legislativa expressa para isentar o comportamento privado do direito antitruste, então realmente o comportamento isentado estará imune a ser objeto de um processo antitruste. No entanto, esse ato da agência reguladora estará sujeito, em regra, à revisão judicial; e os juízes terão que ficar satisfeitos de que a agência seguiu procedimentos apropriados, que a decisão foi tomada com base em provas, que o julgamento da agência não foi irrazoável, e que o julgamento da agência foi autorizado porque é consistente com a lei que institui o marco regulatório”. Areeda alerta ainda que “ao interpretar as leis que dispõem sobre o marco regulatório e ao decidir, os juízes são influenciados pelos seus próprios entendimentos sobre a política nacional de concorrência como refletida nas normas antitruste”. AREEDA, Phillip. *Antitrust laws and public utility regulation*, p. 52 e p. 56.

²⁴⁰ *Ob. cit.*, p. 56.

é conferido a qualquer outro, que não o Congresso, o poder de ‘velejar no mar de incertezas’ e engajar-se no difícil julgamento sobre quando a concorrência é ou não uma política [pública] adequada”.²⁴¹

A doutrina da *State Action* é, dentre as experiências observadas em outros países, a mais comumente invocada pelo CADE como inspiração para decidir casos envolvendo interação entre questões regulatórias e concorrenciais. Por essa razão, ao final deste capítulo retomaremos ao tema para verificar o que doutrina e jurisprudência nacionais têm mencionado acerca da compatibilidade dos testes cunhados pela *State Action doctrine* com o direito brasileiro.

3.2.3 Noerr-Pennington doctrine

É também reconhecida como decorrência dos princípios inspiradores da *State action* e a ela complementar a doutrina cunhada a partir dos casos *Noerr* e *Pennington*, segundo a qual mecanismos legais de *lobby* – atividade aceita e regulamentada nos EUA – não podem ser considerados infração à legislação de defesa da concorrência.²⁴²

O *lobby* constitui um rol de práticas adotadas por um conjunto organizado de pessoas (físicas ou jurídicas) visando à aprovação de legislação ou obtenção de uma decisão do poder público que beneficie o grupo de que fazem parte. Como pode ser

²⁴¹ ROSS, Stephen. *Principles of antitrust law*. New York: The Foundation Press, 1993, p. 499. Por outro lado, o autor observa que “ainda assim, governos estaduais e locais devem ter alguma autoridade para aprovar legislação que restrinja a concorrência – não porque haja uma necessidade de balancear a concorrência com o federalismo, mas sim porque o Sherman Act, em si mesmo, não reflete a política de que a concorrência seja sempre no interesse público. Ao contrário, a lei reflete a política de que partes auto-interessadas não podem julgar, a favor de si mesmas, ‘quanta competição será de interesse público e quanta não’ – mesmo que elas consigam que um juiz federal concorde que o seu julgamento foi correto. Como quase todas as outras questões antitruste, a solução de uma questão de *State action* considera visões conflituosas sobre as finalidades do antitruste, sobre a efetividade das ações judiciais na esfera federal para atingir esses objetivos, e sobre o grau no qual as decisões governamentais locais e estaduais resultam de visões enviesadas e abusos” (p. 500).

²⁴² “A complementaridade da relação entre ‘*petitioning immunity*’ e ‘*state action immunity*’ é particularmente evidente na sua aplicação ao processo regulatório, no qual as cortes tendem a recusar imunidade sob qualquer das duas doutrinas se o envolvimento governamental tiver sido especialmente restrito ou superficial”. A título de exemplo, a divisão antitruste da ABA comenta: “o fato de que a análise da FCC era incerta (e não havia ainda sido iniciada) ajudou a persuadir a corte de que a recusa de interconexão, por parte da AT&T, era uma conduta privada sujeita a ser questionada em bases antitruste”. ABA Antitrust Section. *The Noerr-Pennington doctrine*. Chicago, ABA, monografia n. 19, p. 106.

inferido, algumas vezes o objetivo do *lobby* é obter a aprovação de normas anticompetitivas, pois, ao erigi-las em lei, tem-se por consequência sua legitimação, especialmente no caso dos Estados Unidos, em que a defesa da concorrência não é uma matéria de *status* constitucional.

As cortes norte-americanas já foram chamadas a decidir, em algumas ocasiões, se a prática de tentar influenciar a aprovação de legislação contrária aos ditames da concorrência poderia ser considerada um “ato em restrição ao comércio”, nos termos do *Sherman Act*.

A partir do julgamento de *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight*²⁴³ e *United Mine Workers of America v. Pennington*,²⁴⁴ a Suprema Corte estabeleceu as bases para a resposta a esta indagação.

No primeiro caso, uma associação de ferrovias foi acusada de violar a legislação antitruste ao realizar uma campanha deliberada para alterar a legislação em vigor, em detrimento do transporte rodoviário de cargas. No segundo, foram levantadas acusações contra as maiores empresas de mineração, o sindicato dos empregados e respectivos *trustees*, que teriam adotado condutas visando restringir a concorrência, mediante concessão de certos direitos trabalhistas que as pequenas empresas não teriam condições de arcar, além do pagamento de *royalties* e outras medidas que visariam retirar as pequenas empresas do mercado.

Como visto no capítulo antecedente, um dos riscos associados à regulação de atividade econômica pelo Estado é que o legislador e/ou o órgão regulador venham a ser capturados pelos interesses econômicos e, dessa forma, passem a defender os interesses da indústria.

Por outro lado, nos Estados Unidos a defesa da concorrência não é uma matéria de ordem constitucional, estando prevista apenas em legislação ordinária. Dessa forma, não há como se fazer um “controle de constitucionalidade” de leis que aparentem ser restritivas da concorrência.²⁴⁵

²⁴³ 365 U.S. 127 (1961).

²⁴⁴ 381 U.S. 657 (1965).

²⁴⁵ Diferentemente do direito brasileiro, em que a livre concorrência constitui um dos princípios fundadores da Ordem Constitucional Econômica (art. 170, IV).

A partir dessas premissas, seria uma conduta ofensiva ao *Sherman Act* o fato de uma associação fazer campanha e *lobby* a favor da aprovação de legislação anticompetitiva? Em ambas as decisões, a Suprema Corte reconheceu haver isenção antitruste sobre os atos dos agentes econômicos que precedam e intencionem a aprovação de legislação protetiva de seus interesses e restritiva da competição,²⁴⁶ deixando claro, no entanto, em *Pennington*, que meros acordos sindicais não estariam isentos de serem analisados à luz da legislação antitruste.²⁴⁷

Assim, nos termos da jurisprudência da Suprema Corte, a simples tentativa de influenciar a adoção de leis ou atos normativos regulatórios restritivos da concorrência não pode ser considerada uma infração antitruste.²⁴⁸⁻²⁴⁹

²⁴⁶ Em *Noerr* foi decidido que “não se pode estabelecer uma violação do *Sherman Act* a partir de meras tentativas de influenciar a passagem ou a execução de leis. O *Sherman Act* não proíbe duas ou mais pessoas de se associarem para tentar persuadir o legislador ou o Executivo a tomar determinadas decisões com relação a uma lei que produziria uma restrição ou monopólio, e não se aplica às atividades dessas ferrovias, desde que suas atividades fiquem restritas a meras solicitações de ação governamental relativamente à passagem e cumprimento de leis”. Texto disponível em <http://supreme.justia.com/us/365/127/>. Acesso em 27.12.2010.

²⁴⁷ Nesse sentido, a Corte afirmou que “um acordo entre o sindicato e grandes operadores para assegurar *standards* trabalhistas uniformes através da indústria não estaria isento do direito antitruste”. Por outro lado, “esforços concertados para influenciar servidores públicos não violam o direito antitruste mesmo que tenham por finalidade eliminar a concorrência”. *United Mine Workers of America v. Pennington et al*, 381 U.S. 657 (1965).

²⁴⁸ Comentando essa jurisprudência, Eduardo Ferreira Jordão observa que “a *Noerr-Pennington Doctrine* provê uma espécie de imunidade antitruste, dirigida a atos anteriores à elaboração de uma política ou decisão regulatória específica. Esta imunidade atinge atos de petição ao governo sob múltiplas formas, como *lobby* político, processos administrativos e litígios processuais”. *Restrições regulatórias à concorrência*, p. 87. De acordo com a American Bar Association, a doutrina Noerr “protege todas as formas de “peticionamento de boa-fé” [*bona fide petitioning*], seja essa a proposição de uma operação ou não, seja pública ou privada, seja dirigida ao legislativo, à Administração ou a autoridades judicantes. E, ao menos na esfera legislativa, Noerr protege expressões que sejam dúbias”. ABA Antitrust Section. *The Noerr-Pennington doctrine*, pp. 103/104.

²⁴⁹ Não nos deteremos mais detalhadamente sobre este tema da legitimidade ou não da tentativa de se influenciar a adoção de normas anticompetitivas pelo legislativo ou pelo órgão regulador, tendo em vista que o escopo do nosso trabalho é, dada a existência de regulação (legislativa e administrativa) setorial sobre monopólios naturais, verificar que matérias podem ser decididas pelas entidades de defesa da concorrência, com referência a mercados regulados de infraestrutura e verificar se, em sua atividade cotidiana, o CADE tem efetivamente exercido alguma atuação sobre esses setores.

3.3 Isenção antitruste no direito comunitário

O direito comunitário europeu também apresenta algumas situações nas quais pode ser excepcionada a aplicação do direito da concorrência. A questão, no contexto da União Europeia, adquire contornos mais complexos, pois é preciso conjugar os ordenamentos jurídicos nacionais com o direito comunitário, que lhes têm primazia.

Além disso, o Tratado sobre o Funcionamento da Comunidade Europeia (Tratado de Lisboa) reflete uma elevada preocupação com a tutela da concorrência, estabelecida como pilar fundamental para a criação do mercado comum europeu desde a aprovação do Tratado de Roma em 1957. A doutrina observa a dimensão constitucional do princípio da livre concorrência, em sede comunitária, e aponta que restrições regulatórias à concorrência somente poderão ser admitidas quando atendam ao princípio da proporcionalidade, em suas vertentes de adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu* entre o grau de restrição à concorrência experimentado e o interesse público que a norma regulatória pretenda tutelar.²⁵⁰

Por outro lado, em grande parte dos países europeus, o desenvolvimento dos setores de infraestrutura esteve atrelado à constituição de monopólios estatais seguidos do seu reconhecimento como serviços públicos reservados ao Estado, que os presta diretamente ou mediante instrumentos de delegação (em especial, a concessão de serviço público), sendo, inclusive, uma fonte relevante de poder político.²⁵¹

No entanto, nas últimas décadas do século XX a maioria dos países europeus passou por processos de abertura à participação da iniciativa privada e à concorrência de mercados até então reservados ao Estado, tendo surgido várias entidades reguladoras nacionais. Essa tendência à liberalização alinha-se com a primazia conferida pela legislação comunitária ao direito da concorrência na formação do mercado único europeu.²⁵²

²⁵⁰ KOHL, Michael. Constitutional limits to anticompetitive regulation: the principle of proportionality, p. 419 e ss. O autor destaca que o Tratado de constituição da Comunidade Europeia reconhece expressamente a liberdade de concorrência como um “valor básico do tratado e, portanto, um valor [de dimensão] constitucional” (p. 422).

²⁵¹ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general*, p. 200.

²⁵² VASCONCELOS, Jorge. *Governo e regulação* (governar sem governo, regular sem regulador?). In: MOREIRA, José Manuel; JALALI, Carlos; ALVES, André Azevedo. Estado, sociedade civil e

Conforme se demonstrará a seguir, o direito comunitário europeu apresenta algumas discussões sobre se haveria setores imunes à incidência da legislação antitruste, especialmente em relação a se os Estados-membros podem derrogar a aplicação das normas comunitárias de defesa da concorrência mediante a conferência de monopólios estatais ou por meio do reconhecimento de determinadas atividades econômicas como sendo serviços públicos titulados pelo Estado, a ser eventualmente objeto de delegação em regime de exclusividade.²⁵³

O Tratado de Roma – e, atualmente, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – não utilizou a terminologia “serviços públicos”, preferindo a nomenclatura “serviços de interesse econômico geral”.²⁵⁴

Apesar de tais serviços não estarem definidos no âmbito dos tratados comunitários, a Comissão Europeia constatou em 2004 que “na prática comunitária, existe um consenso geral de que esta expressão se refere aos serviços de natureza econômica que os Estados-Membros ou a Comunidade sujeitam a obrigações específicas de serviço público em virtude de um critério de interesse geral”.²⁵⁵ Quanto ao conteúdo da noção de “interesse

Administração Pública: para um novo paradigma do serviço público. Coimbra: Almedina, 2008, p. 194/195. O título do artigo sugere certa perplexidade entre o fato de a maioria dos países europeus haver adotado o modelo de entidades reguladoras em sede nacional, mas relutarem à criação de entidades reguladoras de dimensão comunitária.

²⁵³ Merece ser mencionado ainda que o direito comunitário europeu, em matéria de concorrência, trabalha com uma sistemática de isenções por categorias de contratos ou acordos. Este tema, no entanto, não é objeto da presente investigação, que está centrada em analisar se haveria setores da economia que não se submeteriam aos ditames comunitários da defesa da concorrência. Sobre as isenções por categoria, ver CAMPOS, Marcos Vinicius de. *Concorrência, cooperação e desenvolvimento: do falso dilema entre competição ou cooperação ao conceito de concorrência cooperativa*. São Paulo: Singular, 2008, p. 197.

²⁵⁴ Segundo Mônica Spezia Justen, “parece ser justa e compreensível, no entanto, a escolha de uma expressão terminológica, com a do artigo 86, §2º, não vinculada à cultura jurídica de um dos Estados-membros em particular. Entende-se que o legislador europeu fez uma opção que buscou transferir à ideia de ‘serviço público’ neutralidade ideológica, ao menos em tese. Soma-se a isso o fato de que em nenhum país membro da União Europeia, de que se tem notícia, utilizava-se a expressão ‘serviço de interesse econômico geral’”. JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 177.

²⁵⁵ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro branco sobre os serviços de interesse geral*. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, Bruxelas, 12.05.2004, COM(2004) 374 final, p. 24. A Comissão reconhece que “a noção de serviços de interesse econômico geral abrange, pois, em especial certos serviços fornecidos pelas grandes indústrias de rede, como os transportes, os serviços postais, a energia e as comunicações. Contudo, a expressão abrange igualmente outras atividades econômicas sujeitas também a obrigações de serviço público”. A Comissão, nesse mesmo texto, esclarece que não se deve confundir “serviços de interesse econômico geral” com “serviços públicos”, atentando para a natureza menos específica dessa última expressão. Nas palavras da Comissão, “esta [serviços públicos] pode ter diferentes significados e provocar assim confusão”. No entanto, a Comissão utiliza expressamente a locução “obrigações de serviços públicos” que, segundo o Livro Branco, “designa as obrigações específicas impostas pelas autoridades públicas a um fornecedor de serviços a fim de garantir a realização de certos objetivos de interesse público, por exemplo, no setor de transportes aéreos, ferroviários ou rodoviários e no domínio da energia. Estas obrigações podem ser

geral”, esta “baseia-se num conjunto de elementos comuns, entre os quais o serviço universal, a continuidade, a qualidade do serviço, a acessibilidade financeira, bem como a defesa dos utentes e dos consumidores”.²⁵⁶

Em que pese a clara determinação de se construir um mercado único e concorrencial, o artigo 106.2 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia admite que exceções sejam feitas às atividades consideradas de interesse económico geral e aos monopólios fiscais,²⁵⁷ desde que essas limitações sejam necessárias à promoção de valores socialmente relevantes e coletivamente partilhados:

“Artigo 106^o²⁵⁸

1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto nos Tratados, designadamente ao disposto nos artigos 18º e 101º a 109º, inclusive.
2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto nos Tratados, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da União.
3. A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados-Membros, quando necessário, as diretivas ou decisões adequadas”.²⁵⁹

impostas a nível comunitário, nacional ou regional” (*ob. cit.*, p. 24). Cumpre mencionar que o *Livro branco sobre os serviços de interesse geral* contempla as conclusões a que chegou a Comissão das Comunidades Europeias sobre o tema após um amplo processo de consulta pública que teve início com diversos questionamentos que foram postos no *Livro verde sobre serviços de interesse geral*, Bruxelas, 21.05.2003, COM(2003) 270, final.

²⁵⁶ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro branco sobre os serviços de interesse geral*, p. 4.

²⁵⁷ Como observa Richard Whish, a partir da perspectiva do direito comunitário, “um fator complicador [na relação entre concorrência e regulação] é que as utilidades públicas estão por vezes sujeitas a exigências de que atendam a ‘obrigações de serviço universal’, por exemplo, um dever de executar diariamente a entrega de correspondências ou de manter fornecimento de água e eletricidade a unidades empresariais e residenciais. Empresas que estão sujeitas a obrigações de serviço universal deste tipo podem necessitar de alguma imunidade com relação à concorrência, de modo a poder produzir lucros suficientes a permitir sua execução, o que é a razão, por exemplo, para que operadores postais como Consignia, no Reino Unido (anteriormente denominada Serviço Postal), poderem ter um monopólio legal sobre a entrega de cartas de peso e tamanho inferiores a certos parâmetros”. WHISH, Richard. *Competition law*. 4ª Ed. Londres: Butterworth, 2001, p. 866.

²⁵⁸ Até a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2009, que operou a renumeração de vários dispositivos, esta norma, com a mesma redação, encontrava-se no art. 86 do Tratado de Roma, conforme alterado pelos Tratados de Maastrich e Amsterdã.

Assim, de acordo com a interpretação da Comissão Europeia sobre o dispositivo acima, “ao abrigo do Tratado CE, e sob reserva das condições estabelecidas no n. 2 do artigo 86 [atual n. 2 do art. 106], o cumprimento efetivo de uma missão de interesse geral prevalece, em caso de tensão, sobre a aplicação das regras do Tratado”.²⁶⁰

Aliás, não se pode deixar de mencionar que a relevância dos serviços de interesse geral é apontada já nos primeiros artigos do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, estabelecendo o seu art. 14:

“Artigo 14º

Sem prejuízo do disposto no artigo 4º do Tratado da União Europeia e nos artigos 93º, 106º e 107º do presente Tratado, e atendendo à posição que os serviços de interesse econômico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a União e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respectivas competências e no âmbito de aplicação dos Tratados, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições, nomeadamente econômicas e financeiras, que lhes permitam cumprir as suas missões.

O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de regulamentos adotados de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem esses princípios e definem essas condições, sem prejuízo da competência dos Estados-Membros para, na observância dos Tratados, prestar, mandar executar e financiar esses serviços”.²⁶¹

²⁵⁹ As discussões que são levantadas neste tópico cingem-se a serviços de interesse “econômico” geral. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a Comissão Europeia já exararam posicionamentos no sentido de que o preceito em questão (art. 106.2) não regula serviços de interesse geral não econômicos, como a administração da justiça, a segurança (pública) interna, a seguridade social e a educação nacional obrigatória. Esses entendimentos são compilados por Javier Viciano Pastor, *El concepto de servicio económico de interés general como límite al concepto de empresa en el ámbito de la ley de defensa de la competencia*. In *TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA* (coord.). *Crisis económica y política de la competencia*: III Jornadas Nacionales de Defensa de la Competencia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 224.

²⁶⁰ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro branco sobre os serviços de interesse geral*, p. 8.

²⁶¹ Fernando Herren Aguillar esclarece que esse artigo foi introduzido, pela primeira vez, pelo Tratado de Amsterdã (1997), que alterou o Tratado da União Europeia (Maastrich, 1992). Sua finalidade teria sido uma relativização da incidência das normas de defesa da concorrência sobre os SIEG, após uma etapa inicial bastante rígida. Segundo o autor, a introdução do art. 16 (atual artigo 14 do TFUE) foi a maneira encontrada para permitir essa relativização sem alterar a redação do artigo 86 (atual 106 do TFUE), o que seria mais “delicado”. AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico*: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006, p. 310.

Verifica-se, portanto, que o Tratado reconhece a relevante “posição que os serviços de interesse econômico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União” e que desempenham um papel estratégico “na promoção da coesão social e territorial”, sendo dever tanto da União Europeia quanto dos seus Estados-Membros promover o seu funcionamento em bases econômicas e financeiras “que lhes permitam cumprir suas missões”.

Por outro lado, tendo em vista que a concorrência constitui um princípio basilar da União Europeia, segue-se que restrições à sua incidência devem ser reduzidas ao mínimo necessário para garantir a difusão dos serviços de interesse geral, pois que não se mostra compatível com o mercado comum a adoção, em larga escala, de políticas nacionais protecionistas. A regra continua sendo a prestação de serviços em regime de livre iniciativa e concorrência, mesmo que esses apresentem “interesse geral”; no entanto, esse “interesse geral” pode justificar o afastamento das normas de defesa da concorrência, quando a garantia da oferta desses serviços com regularidade, continuidade e universalização for incompatível com a introdução de competição no setor.²⁶² Trata-se, assim, de uma norma de exceção e, como tal, deve ser interpretada restritivamente.²⁶³

Conforme observa Gaspar Ariño Ortiz, “a exceção é exigente”, porque o Estado deverá justificar a imposição de direitos excepcionais ou exclusivos – o que, na visão do autor, tem por consequência que “a decisão deixa de ser livre para o legislador nacional e discricionária para a Administração que a adote”. Em segundo lugar, a prestação dos serviços em regime de exclusividade deve ser limitada àquelas tarefas específicas para as quais essa seja indispensável.²⁶⁴

²⁶² LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Servicios de interés económico general*, p. 37.

²⁶³ O entendimento de que a norma em questão deveria ser interpretada restritivamente foi fixado no Caso 127/73, BRT v. SABAM, em que a Corte decidiu que uma entidade de gestão de direitos autorais poderia em tese abusar da posição dominante e que, apesar de o art. 106 poder ser aplicável a empresas privadas, essa aplicação dependia de haver uma delegação estatal para exercício de atividade de interesse econômico geral, o que não estava presente na situação concreta. Ver, a respeito, CELLI JUNIOR, Umberto. *Regras de concorrência no direito internacional moderno*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 123. Mostrando o caráter excepcional da regra, o autor observava, no final dos anos 90, que “não houve, até o momento, nenhuma decisão ou julgamento publicado no qual uma empresa tenha pleiteado, com sucesso, a derrogação estabelecida no Artigo 90 (2)” (p. 139). A referência ao art. 90 (2) é relativa à numeração original do Tratado de Roma. Conforme se mostrará a seguir, posteriormente houve algumas decisões reconhecendo isenções a prestadoras de SIEGs.

²⁶⁴ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Empresa pública, empresa privada, empresa de interes general*, p. 220.

Dessa forma, na Europa observou-se um processo de *despublicatio* de várias atividades, que ou deixaram de ser consideradas “serviços públicos”, passando a um regime de livre iniciativa sujeita a autorizações operativas, ou, ainda sob essa denominação, tiveram sua execução transferida à iniciativa privada, em muitos casos inaugurando-se mercados competitivos em setores historicamente caracterizados por serem monopólios estatais.²⁶⁵

O setor elétrico constitui um exemplo de indústria que passou por esse processo de liberalização; normas da União Europeia obrigaram os países-membros a adotarem nacionalmente regras para (i) distinguir claramente os segmentos competitivos (p.ex., o fornecimento a clientes) daqueles não competitivos (operação de redes); (ii) obrigar o titular da infraestrutura a conceder acesso a terceiros; (iii) suprimir barreiras relacionadas à produção ou importação de energia; (iv) remover gradualmente as restrições à troca de fornecedor por parte do cliente; e (v) introduzir a figura do regulador independente para monitorar o setor.²⁶⁶ Após a implantação desse novo marco regulatório, a própria Comissão Europeia passou a adotar uma política mais proativa em matéria concorrencial no setor, tendo proibido ou condicionado atos de concentração e iniciado medidas investigativas contra regulação nacional que dificultava a adoção de práticas concorrenciais.²⁶⁷

Assim, dentre as características da nova aceção de serviço público, encontram-se (a) a não qualificação como serviço público de uma atividade ou setor em seu todo, mas apenas de algumas partes; (b) o abandono do conceito de reserva ao Estado; (c) como consequência do fim da reserva, a substituição de um regime estatal fechado por um regime aberto à concorrência, com crescente substituição do modelo de outorga de concessões (delegações de serviços públicos exclusivos) por regimes de autorizações

²⁶⁵ “Portanto, a mudança fundamental consiste em uma verdadeira *despublicatio*: as atividades do novo serviço público já não são de titularidade estatal, mas privada. Agora, essas atividades ainda são de responsabilidade estatal, na medida em que suas prestações, em um determinado nível, deve chegar a todos os cidadãos (serviço universal). E nessa medida poderá ser necessário financiamento estatal”. GARCÍA-MORATO, Lucía Lopez e ORTIZ, Gaspar Ariño. *La competencia en sectores regulados*, p. 14.

²⁶⁶ Informações obtidas em < http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/overview_en.html#cases>. Acesso em 25.06.2011.

²⁶⁷ Por exemplo, a Comissão Europeia proibiu a concentração entre EDP e GDP, assim como acusou a Espanha de adotar regulação anticompetitiva setorial, tendo obtido uma condenação na Corte Europeia de Justiça. Cf. http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/overview_en.html#cases. Acesso em 25.06.2011.

operativas.²⁶⁸ Isto é, várias atividades passam de “serviços públicos” – na clássica acepção do termo – a “atividades privadas regulamentadas” ou “serviços públicos impróprios”, terminologias utilizadas para superar a clássica ideia de que essas atividades dependeriam de prévia delegação estatal, por meio de contratos ou atos administrativos aprazados e com cláusulas exorbitantes.²⁶⁹

Interessante observar ainda que, para que incidam as exceções permitidas pelo Tratado acerca dos serviços de interesse econômico geral, “pouco importa se as mencionadas empresas são públicas ou privadas. O importante é a missão que desempenham. O preceito é, portanto, uma aplicação concreta do princípio da neutralidade (...) do TCE”.²⁷⁰

A Corte Europeia de Justiça já teve oportunidade de se manifestar sobre a extensão e os limites em que podem ser aprovadas legislações nacionais restritivas da concorrência com fundamento na ressalva conferida pelo atual art. 106 do Tratado.

Uma das principais ocasiões em que o tema foi discutido consiste no caso *Höfner*, em que a Alemanha questionou à Corte se era compatível com o mercado comum uma lei que conferisse monopólio a uma empresa privada no que tange ao serviço de busca de realocação de emprego. O Tribunal respondeu que:

“um serviço público de emprego que exerce atividades de colocação se encontra sujeito à proibição do artigo 86 do Tratado, na medida em que a aplicação desta disposição não prejudique a missão específica que lhe foi confiada. O Estado-membro que lhe concedeu um direito exclusivo de mediação de emprego viola o art. 90, n. 1, do Tratado, ao criar uma situação em que a agência de emprego tem necessariamente que violar o disposto no artigo 86 do Tratado. Esse é o caso, particularmente, quando se encontram satisfeitas as seguintes condições:

²⁶⁸ As características são apresentadas por GARCÍA-MORATO, Lucía Lopez e ORTIZ, Gaspar Ariño. *La competencia en sectores regulados*, p. 36.

²⁶⁹ No entanto, a partir do momento em que determinadas atividades passam a ser alvo de meras autorizações operativas pela Administração Pública, parece-nos que o mais adequado seria tratá-las não mais como serviços públicos, mas como atividades privadas regulamentadas. Veja-se que essa distinção é relevante, pois, nos termos do art. 174 da Constituição Federal, o planejamento estatal é meramente indicativo para a iniciativa privada. Por outro lado, a concessionária de serviço público é delegatária de atividade estatal típica, de modo que a ela podem ser impostas condicionantes típicas de planejamento estatal no momento da outorga da concessão (tais como metas de universalização). A distinção entre serviços públicos e atividades privadas regulamentadas é realizada por ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 191 e ss.

²⁷⁰ PASTOR, Javier Viciano. El concepto de servicio de interés económico general como límite al concepto de empresa en el ámbito de la ley de defensa de la competencia, p. 221.

- o direito exclusivo estende-se às atividades de colocação de quadros e dirigentes de empresas;
- o serviço público de emprego não se encontra manifestamente em condições de satisfazer a procura existente no mercado para este gênero de atividades;
- o exercício efetivo das atividades de colocação por agências privadas de consultoria em matéria de colocação torna-se impossível devido à manutenção em vigor de uma disposição legal que proíbe estas atividades sob pena de nulidade dos contratos correspondentes;
- as atividades de colocação em questão podem alargar-se a cidadãos e territórios de outros Estados-membros”.²⁷¹

Neste caso, vale destacar que (i) o mero fato de ser serviço público não exige que ele seja prestado de forma exclusiva;²⁷² e (ii) a exclusividade só se justifica quando seja necessária a fim de que não se prejudique a missão específica que tenha sido confiada à entidade a quem foi delegada a prestação do serviço público. Portanto, a decisão demonstra que a extensão desnecessária de outorgas de exclusividade no exercício de atividades econômicas (em sentido amplo), pelos Estados-nacionais, é uma prática desfavorecida à luz do direito comunitário.

Poucos meses depois, em caso trazido à apreciação da CEJ pela Grécia, o Tribunal decidiu que “o direito comunitário não se opõe à atribuição de monopólios de televisão, por considerações de interesse público, de natureza não econômica. Todavia, a forma de organização e o exercício desse monopólio não devem violar as normas do Tratado em matéria de livre circulação de mercadorias e de serviços bem como as regras sobre concorrência”.²⁷³

Nessa decisão, foi frisada a necessidade de haver um interesse público relevante a justificar a atribuição da exclusividade, ao mesmo tempo em que se condicionou essa possibilidade à ausência de violação de normas de defesa da concorrência. No caso concreto, havia uma preocupação de que a transmissora de som e imagem, que também era

²⁷¹ Caso C-41/90, j. em 23.04.1991.

²⁷² Não se deve confundir, no entanto, a reserva de titularidade com a reserva de prestação / execução desse serviço. O conceito mais operacional de serviço público, como regra geral, resguarda a titularidade pública do serviço e faz depender a sua prestação, pela iniciativa privada, de um ato de delegação. Essa delegação, no entanto, pode ser em regime de exclusividade, ou admitir a introdução de concorrência. Esclarecendo essa distinção, observa Odete Medauar que “não se pode dizer que a prestação dos serviços públicos é informada pelo princípio da livre iniciativa. A decisão de transferir a execução ao setor privado é sempre do poder público”. MEDAUAR, Odete. *Serviços públicos e serviços de interesse econômico geral*. In MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo* (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 125.

²⁷³ Caso C-260/89, j. em 18.06.1991.

produtora de conteúdo, pudesse utilizar seu monopólio para discriminar o conteúdo que produzia em prejuízo de outros produtores de conteúdo nos demais países da Comunidade.

Ainda no mesmo ano, a CEJ, dessa vez demandada por autoridades italianas, esclareceu que feria as normas de livre concorrência a outorga de exclusividade, na organização de mão de obra no Porto de Gênova, a uma única empresa que, por sua vez, contratava exclusivamente nacionais para realização das atividades portuárias. No entender da Corte, não havia uma justificativa objetiva para que fosse vedada a competição no fornecimento de mão-de-obra portuária senão impedir o ingresso de nacionais de outros países comunitários no serviço, o que prejudicava o comércio intercomunitário, por aumentar os custos de movimentação de mercadorias no Porto de Gênova.²⁷⁴

Poucos dias depois, em *RTT v. GB-INNO-BM*, a CEJ concluiu que a legislação de um país não pode conferir a uma empresa de telecomunicações o poder de determinar – a seu exclusivo critério – quais são os requisitos que devem ser obedecidos para a fabricação de aparelhos de telefone.

A Corte entendeu que, caso decidisse em sentido contrário, a consequência seria uma autorização para que a empresa de telecomunicações – esse um serviço reconhecido como sendo de interesse econômico geral à época e, portanto, passível de ser prestado de forma exclusiva – aumentasse o custo dos rivais e pudesse discriminar concorrentes em um mercado verticalmente relacionado, qual seja, o de fabricação e comercialização de aparelhos. Embora seja possível a formulação de exigências para a fabricação desses equipamentos, mormente aquelas voltadas à segurança dos usuários e da rede, tais determinações deveriam vir de uma autoridade governamental independente, sem interesse direto na venda de equipamentos telefônicos.²⁷⁵

Nesse julgado, a Corte esclareceu ainda que tanto atitudes empresariais, isto é, aquelas que são fruto da manifestação de vontade do agente econômico, quanto atos normativos dos Estados-membros podem, em tese, propiciar o surgimento de situações

²⁷⁴ Caso C-179/90, j. em 10.12.1991. Na visão da Corte, diversos dispositivos do Tratado de Roma “proíbem a existência de normas de um Estado-Membro que confiram a uma empresa situada naquele país direito de exclusividade para organizar o trabalho portuário e requeira, para esse fim, o acesso a uma empresa de trabalho portuário formada exclusivamente por trabalhadores nacionais”.

²⁷⁵ Conforme resume Umberto Celli Junior, “A extensão daquele monopólio, sem nenhuma necessidade objetiva, a um mercado adjacente mas distinto (o mercado de terminais de equipamentos), eliminando, assim, a concorrência de outras empresas era, na opinião do Tribunal, contrária às disposições do Artigo 86”. CELLI JUNIOR, Umberto. *Regras de concorrência no direito internacional moderno*, p. 165.

anticompetitivas. Ambos os casos podem atentar contra as normas concorrenciais previstas no Tratado (à época, o Tratado de Roma, atual TFUE), mas são distintos os dispositivos legais que fundamentam um e outro caso:

“o artigo 86 [atual art. 106] se aplica apenas à conduta anticompetitiva perpetrada por empresas em sua própria iniciativa (...), não para medidas adotadas pelos Estados. Com relação a medidas adotadas pelos Estados, é o artigo 90(1) [atual art. 110²⁷⁶] que é aplicável. De acordo com esta previsão, os Estados Membros não podem, seja por meio de leis, regulamentos ou medidas administrativas, colocar as empresas estatais ou as empresas às quais eles tenham dado direitos especiais ou de exclusividade, em uma posição que essas empresas não poderiam, elas mesmas, atingir com suas próprias ações, sem infringir o artigo 86.

Dessa forma, quando a extensão de uma posição dominante de uma empresa pública ou de uma empresa à qual o Estado tenha dado direitos especiais ou de exclusividade resulte de uma medida estatal, essa medida constitui uma infração do artigo 90 em conjunto com o artigo 86 do Tratado.”²⁷⁷

Em resumo, quando uma empresa pratica um ato potencialmente lesivo à concorrência (violação dos arts. 101 e 102 do Tratado), não por uma decisão volitiva sua, mas porque essa se impõe em decorrência da legislação nacional em vigor, não seria a empresa quem praticaria violação da ordenação comunitária, mas o próprio Estado-membro.²⁷⁸

Por outro lado, a Corte Europeia de Justiça esclareceu que somente podem ser sancionadas, com base nas normas de concorrência previstas no Tratado, as condutas autônomas dos agentes econômicos, isto é, aquelas que sejam voluntárias. Sendo assim, as empresas não poderiam ser condenadas por terem cumprido uma legislação nacional impositiva de obrigações que, posteriormente, as autoridades comunitárias venham a entender ser anticompetitivas.²⁷⁹

²⁷⁶ O art. 110 do TFUE tem a seguinte redação: “nenhum Estado-Membro fará incidir, direta ou indiretamente, sobre os produtos dos outros Estados –Membros imposições internas, qualquer que seja a sua natureza, superiores às que incidam, direta ou indiretamente, sobre produtos nacionais similares. Além disso, nenhum Estado-Membro fará incidir sobre os produtos dos outros Estados-Membros imposições internas de modo a proteger indiretamente outras produções”.

²⁷⁷ Caso C-18/88, j. em 13.12.1991.

²⁷⁸ LAGUNA DE PAZ, *Los servicios de interés económico general*, p. 81.

²⁷⁹ Em caso envolvendo uma alegação de que a legislação francesa sobre corridas de cavalo seria restritiva da concorrência, a CEJ decidiu: “Efetivamente, os artigos 85 e 86 do Tratado referem-se apenas a comportamentos contrários à concorrência que foram adotados pelas empresas por sua própria iniciativa. Se às empresas é imposto um comportamento anticoncorrencial por uma legislação nacional ou se esta

Nesse sentido, em *Consortio Industrie Fiammiferi v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a Corte decidiu que a entidade nacional de defesa da concorrência deve se recusar a aplicar uma legislação nacional que viole as normas comunitárias de defesa da concorrência. Todavia, em elogio aos princípios da segurança jurídica e da inexigibilidade de conduta diversa (tendo em vista a presunção relativa de legitimidade da legislação nacional), não se deve punir o agente econômico que atuou em conformidade com a lei nacional anticompetitiva, durante sua vigência.²⁸⁰

Em *Régie des Postes*, a Corte entendeu ser legítima a exclusividade de execução do serviço postal por uma empresa estatal nacional, quando essa se mostrar essencial para garantir a prestação do serviço de interesse econômico geral, tendo, no entanto, ressalvado que a exceção aplicável aos serviços de interesse econômico geral não deveria ser excessivamente alargada para conferir proteção contra a incidência de normas de defesa da concorrência a atividades que não se enquadrassem nesse perfil.

legislação cria um quadro jurídico que, por si só, elimina qualquer possibilidade de comportamento concorrencial da sua parte, os artigos 85 e 86 não são aplicáveis. Numa situação deste tipo, como resulta das referidas disposições, a restrição da concorrência não é causada por comportamentos autônomos das empresas. Pelo contrário, os artigos 85 e 86 do Tratado podem ser aplicados se se revelar que a legislação nacional deixa subsistir a possibilidade de existência de concorrência susceptível de ser entravada, limitada ou falseada por comportamentos autônomos das empresas” (C-359/95 e C-379/95, j. em 11.11.1997). Em reforço a esse entendimento, lembra Laguna de Paz que a condenação de uma conduta por anticompetitiva no direito comunitário pressupõe a culpabilidade dos agentes econômicos (art. 23.2 do Regulamento 01/2003), o que estaria ausente na hipótese em que o agente apenas cumpriu ou se conformou a uma conduta expressamente autorizada pela legislação nacional. *Servicios de interés económico general*, p. 90. Nesse aspecto a legislação comunitária se afasta da brasileira, que estabelece a responsabilidade administrativa por violação das normas de defesa da concorrência “independentemente de culpa” (art. 20, L. 8.884/94; art. 36, Lei 12.529/2011).

²⁸⁰ “Quando uma empresa efetua uma conduta contrária ao artigo 81(1) da CE e quando esta conduta é exigida ou facilitada por uma legislação nacional que legitima ou reforça os efeitos da conduta, especificamente com relação à fixação de preço ou divisão de mercado, a autoridade nacional de concorrência que seja responsável por assegurar que as normas e, em particular, o artigo 81 da CE seja observado, tem o dever de não aplicar a legislação nacional. Tendo em vista que o artigo 81 da CE, em conjunto com o artigo 10 da CE, impõe um dever aos Estados Membros de se absterem de introduzir medidas contrárias às normas de defesa da concorrência comunitárias, essas normas seriam consideradas menos efetivas se, no curso de uma investigação pautada no artigo 81 CE acerca da conduta da empresa, a autoridade não tivesse o poder de declarar a medida nacional contrária às previsões combinadas dos artigos 10 e 81 da CE e se, por conseguinte, falhasse em deixar de aplicá-lo. No entanto, para que o princípio comunitário da segurança jurídica não seja violado, o dever de uma autoridade nacional de defesa da concorrência de deixar de aplicar a norma anticompetitiva não pode expor as empresas a qualquer penalidade, seja criminal ou administrativa, com relação a condutas passadas, quando essa conduta fosse exigida pela norma em questão. Portanto, segue-se que a autoridade não pode impor penalidades às empresas com relação à conduta passada quando esta conduta era exigida pela legislação nacional; ela pode impor penalidades com relação à conduta apenas após a decisão que declare haver uma infração do artigo 81 do TCE, uma vez que a decisão tenha se tornado definitiva a esse respeito”. (*Consortio Industrie Fiammiferi v. Autorità Garante della Concorrenza e del mercato*. Caso C-198/01, j. em 09.09.2003).

Nessa ocasião, a partir de uma demanda proposta por um agente econômico privado que desejava realizar serviço diferenciado de coleta domiciliar e entrega de correspondência na região de Liège em tempo diferenciado (antes do meio-dia), o Tribunal determinou que a regra é a livre concorrência e, portanto, somente se poderia impedir o Sr. Corbeau, demandante, de prestar esse serviço caso fosse demonstrado que essa atividade colocaria em risco o serviço postal, que deve ser prestado de forma contínua e universal.²⁸¹

Já no caso *Reiff*, a Corte decidiu que as normas de defesa da concorrência previstas no Tratado não afastam a possibilidade de que o Estado imponha um mecanismo compulsório de tarifas de transporte rodoviário de mercadorias a longas distâncias, que sejam de adoção obrigatória por todos os agentes econômicos após a aprovação de autoridades públicas.²⁸²

Igualmente, em 2001, a Corte Europeia de Justiça decidiu ser compatível com a exceção do art. 106.2 (à época, art. 86.2) uma política de subsídio cruzado, operada na Alemanha, entre atividades lucrativas e não lucrativas relacionadas ao transporte de pacientes, com o transporte não emergencial (lucrativo) subsidiando o transporte emergencial (não lucrativo), por meio da conferência de um regime de exclusividade às organizações de auxílio médico responsáveis pela última. A partir de um argumento de “equilíbrio econômico”, a Corte sustentou ser lícita a garantia de exclusividade de um serviço potencialmente lucrativo e concorrencial, quando a receita dele proveniente for necessária para garantir a adequada prestação de um serviço de interesse geral não-lucrativo.²⁸³

²⁸¹ A decisão possui a seguinte ementa: “É contrário ao artigo 90 do tratado da CEE que a legislação de um Estado-membro que confere a um órgão, como o *Régie des Postes*, o direito exclusivo de coletar, transportar e distribuir correspondência proíba, sob ameaça de sanções penais, um operador econômico estabelecido naquele Estado de oferecer certos serviços específicos e dissociáveis do serviço de interesse geral operado, para atender a necessidades específicas de operadores econômicos e solicitar certos serviços adicionais não oferecidos pelo serviço postal tradicional, na extensão em que esses serviços não comprometam a estabilidade econômica do serviço de interesse econômico geral executado pelo titular de um direito de exclusividade. Cabe ao tribunal nacional considerar se os serviços em questão no processo principal atendem a esses critérios” (caso C-320/91, j. em 09.02.1993). A parte final da redação deixa claro que, em havendo risco ao serviço de interesse econômico geral, restrições poderão ser estabelecidas.

²⁸² Caso C-185/91, j. em 17.11.1993. Nessa ocasião, a CEJ decidiu que as normas de defesa da concorrência “não proibem normas de um Estado membro que estabeleçam que serão fixadas tarifas para o transporte rodoviário de mercadorias a longa distância por um conselho tarifário, e que sejam tornadas compulsórias a todos os agentes econômicos, após aprovação da autoridade pública”.

²⁸³ Nesta decisão, a CEJ esclareceu que o artigo 86.2 [atual 106.2], “lido em conjunto com o parágrafo (1) dessa mesma norma, permite aos Estados Membros conferir, a empresas às quais eles confiem a operação de serviços de interesse econômico geral, direitos exclusivos que podem limitar a aplicação de normas do Tratado sobre concorrência, na medida em que restrições à concorrência, ou mesmo a exclusão da

Em 2010, a Corte Europeia de Justiça confirmou a decisão proferida pela Comissão Europeia que condenara a *Deutsche Telekom* pela prática de *price squeeze*, uma vez que a empresa cobrava para seus concorrentes, em alguns mercados, preços de interconexão superiores aos que praticava aos seus usuários finais. Por conta dessa prática, mesmo que o seu concorrente fosse tão eficiente quanto a incumbente, não conseguiria lhe fazer concorrência efetiva.²⁸⁴

A relevância desse caso para nossa análise consiste em que, em sua defesa, a *Deutsche Telekom* alegara que as suas tarifas eram aprovadas pelo órgão nacional responsável, de modo que não poderia ser acusada de *price squeeze* se estava apenas cumprindo determinação do poder público nacional.

Ao recusar essa alegação, a Corte Europeia de Justiça observou que, em realidade, o órgão de telecomunicações alemão aprovava as tarifas que eram sugeridas pela *Deutsche Telekom*, ou seja, no início do processo havia um ato volitivo da empresa, e que a empresa não podia praticar atos que levassem à violação do art. 82 (atual 102) do Tratado.

Esta decisão reafirma e aprofunda o entendimento de que as isenções à incidência das normas comunitárias concorrenciais, com base em legislação nacional, somente serão reconhecidas quando essas normas locais inviabilizarem ao agente econômico o exercício de qualquer ato de vontade.

concorrência de outros operadores econômicos, sejam necessárias para assegurar a execução dessas tarefas específicas designadas às empresas titulares dos direitos de exclusividade. A fim de determinar se a restrição à concorrência é necessária para permitir ao titular de um direito de exclusividade executar a sua tarefa de interesse geral em condições economicamente aceitáveis, o ponto de partida deve ser a premissa de que a obrigação, por parte da empresa a quem foi confiada esta tarefa, para executar esses serviços em condições de equilíbrio econômico, pressupõe que será possível compensar setores menos lucrativos com setores lucrativos e, portanto, justifica uma restrição da concorrência por parte de empresas individuais nos setores economicamente lucrativos”. Ao aplicar este teste ao caso concreto, a Corte observou que: “primeiramente, os dois tipos de serviços estão tão relacionados que é difícil separar os serviços de transporte não-emergencial da atividade de interesse econômico geral, constituída pela provisão de serviço público de ambulância, com o qual também tem características em comum. Em segundo lugar, a extensão dos direitos de exclusividade das organizações de auxílio médico ao setor de transporte não-emergencial de fato torna possível a eles descarregar a sua tarefa de interesse geral de fornecimento de transporte emergencial em condições de equilíbrio econômico. A possibilidade que seria aberta aos operadores privados de se concentrarem no setor não-emergencial, em trajetos mais rentáveis, poderia afetar o grau de viabilidade econômica do serviço fornecido por organizações de auxílio médico e, por conseguinte, prejudicar a qualidade e confiabilidade desse serviço”. De todo modo, não se pode deixar de mencionar certa perplexidade com a inversão argumentativa feita pela Corte ao final do sumário da decisão, quando sustenta que: “somente se ficasse estabelecido que as organizações de auxílio médico às quais é conferida a operação do serviço público de ambulância fossem manifestamente incapazes de satisfazer a demanda por serviços emergenciais de ambulância e pelo [serviço de] transporte de pacientes a todo tempo é que a justificação para a extensão de seus direitos de exclusividade, baseado na tarefa de interesse geral, não seria aceitável” (Caso C-475/99, j. em 25.10.2001).

²⁸⁴ Caso C-280/08 P, j. em 14.10.2010.

Assim, ainda que a prática do agente econômico seja objeto de regulação estatal, se sobrar algum espaço para decisões privadas, a empresa não poderá valer-se da alegação de isenção antitruste pelo fato de sua atividade haver recebido alguma espécie de chancela da regulação ou das autoridades nacionais. A isenção somente será reconhecida caso a decisão regulatória torne impossível ao agente econômico adotar conduta diversa daquela que, posteriormente, os órgãos comunitários venham a considerar anticompetitiva.²⁸⁵⁻²⁸⁶

Por fim, merece ser mencionado que a Comissão Europeia já conheceu de atos de concentração relativos à alteração de controle de uma concessão de serviço público, entendendo haver relevância em se analisar se a detenção simultânea de várias concessões, pelo mesmo agente econômico, pode tornar provável, no futuro, o abuso de posição dominante.²⁸⁷

A partir dos precedentes acima colacionados, a doutrina constata uma aproximação das decisões da Corte Europeia de Justiça aos testes desenvolvidos pela Suprema Corte norte-americana com relação à *State Action*, pois ambas aludem à possibilidade de restrições regulatórias à concorrência, desde que impostas por uma norma jurídica cuja redação claramente espelhe uma decisão de substituição da concorrência pela regulação. No direito comunitário, no entanto, há, a nosso ver, um elemento adicional, consistente em que essas exceções só se justificam diante dos valores socialmente relevantes inerentes à

²⁸⁵ “De acordo com a jurisprudência da Corte de Justiça, apenas se a conduta anticompetitiva for exigida da empresa pela legislação nacional, ou se essa criar um arcabouço legal que, em si mesmo, elimine qualquer possibilidade de atividade competitiva por parte das empresas, é que os artigos 81 e 82 do TCE não se aplicam. Nessa situação, a restrição à concorrência não lhes é atribuível, uma vez que eles implicitamente requerem uma conduta autônoma das empresas. Os artigos 81 e 82 podem, no entanto, ser aplicáveis, se for considerado que a legislação nacional deixa em aberto a possibilidade de concorrência, que pode ser evitada, restringida ou distorcida pela conduta autônoma das empresas” (item 80). Adiante, a Corte conclui: “Portanto, a Corte decidiu que se o direito nacional apenas encoraja ou torna mais fácil que as empresas se engajem em uma conduta anticompetitiva autônoma, essas empresas permanecem sujeitas aos artigos 81 e 82 TCE” (item 82).

²⁸⁶ Mostra-se relevante ainda comentar que a CEJ não afastava a possibilidade de que, se a Comissão Europeia entendesse devido, pudesse ter iniciado um processo em face da Alemanha, por estar esse país aparentemente chancelando práticas mercadológicas infratoras do direito comunitário da concorrência. Todavia, tanto o Tribunal-Geral quanto a Corte Europeia de Justiça entenderam que a condenação prévia da Alemanha não era necessária para que se pudesse apenar a *Deutsche Telekom* pela prática de *price squeeze*: “Consequentemente, como decidiu o Tribunal Geral (...), ainda que não seja impensável que as autoridades reguladoras nacionais tenham infringido o direito da UE, e que a Comissão pudesse realmente ter escolhido acionar a República da Alemanha por ter falhado em cumprir suas obrigações nos termos do art. 225 do Tratado da CE, essas possibilidades são irrelevantes no estágio da presente apelação, mesmo porque, segundo a jurisprudência da Corte, de acordo com o sistema adotado pelo artigo 226 EC a Comissão tem discricionariedade em propor ações para que se cumpram os deveres [impostos pela legislação comunitária], e não cabe às cortes da União Europeia decidirem se era ou não apropriado fazê-lo” (item 47 da decisão).

²⁸⁷ Ver o caso FCC/Vivendi, 399M1365, j. em 04.03.1999.

prestação de serviços de interesse econômico geral, e devem atender aos ditames do princípio da proporcionalidade, especialmente na sua vertente “necessidade”.²⁸⁸

Em síntese, no âmbito comunitário, a relação entre serviços de interesse econômico geral e tutela da concorrência obedece às seguintes diretrizes:²⁸⁹

1. Compete aos Estados-membros definir suas ações em matéria de serviços de interesse econômico geral; no entanto, para esse fim, devem pautar-se pelos princípios de transparência e proporcionalidade. Como observam Caravaca e González, a partir de lição de Parejo-Alfonso, a União Europeia “reconhece a liberdade dos Estados membros para definir as missões de interesse geral, outorgar direitos especiais ou exclusivos, ordenar sua gestão e prover seu financiamento (...). Agora, dado que o direito econômico europeu gira em torno do conceito de mercado comum, qualquer restrição a ele deve ser justificada e controlada em sede comunitária”.²⁹⁰
2. A política comunitária de defesa da concorrência e a proteção aos serviços de interesse econômico geral devem ser compreendidas em harmonia (e não em contraposição): ambos buscam serviços de qualidade ao menor preço.
3. Há necessidade de se reconhecer que diferenças de contexto nacional e falhas de mercado fazem com que a concorrência possa não ser a melhor resposta em todas as situações face, por exemplo, à necessidade de

²⁸⁸ Nesse sentido, Luciano di Via afirma: “a forma de escrutínio que tem orientado o ordenamento comunitário sob a base do modelo jurisprudencial estadunidense representa um justo compromisso entre escolhas nacionais e exigências de respeito aos princípios comunitários em matéria de concorrência”. DI VIA, Luciano. *Contributo ad una teoria dell’abuso del diritto*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, p. 294. Igualmente sustentando a incidência do princípio da proporcionalidade nas questões relacionadas a isenções à incidência da legislação de defesa da concorrência, porém vislumbrando uma abrangência mais ampla dessa possibilidade, tendo em vista o interesse coletivo na prestação dos serviços públicos, manifesta-se Cristiane Derani: “o que mantém a sociedade é a realização de princípios construtores da solidariedade social e não a liberdade de concorrência. Dos primeiros depende a vida em sociedade. O segundo é um princípio-base do modo capitalista de produção, que ganha seu peso segundo a verificação do que seja o interesse coletivo em determinada sociedade”. DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 229.

²⁸⁹ A síntese foi realizada por Alfonso Caravaca e Javier González. *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*. Madri: Colex, 2001, pp. 115 e 116.

²⁹⁰ CARAVACA, Alfonso Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*, p. 115.

universalização dos serviços de relevante interesse social para áreas em que sua prestação não seja economicamente rentável.

4. O Tratado de Funcionamento da União Europeia é neutro no que se refere à titularidade pública ou privada das empresas: o princípio da neutralidade determina que as normas de defesa da concorrência apliquem-se igualmente a agentes econômicos públicos e privados.²⁹¹

5. A Comissão Europeia deve garantir simultaneamente a paulatina flexibilização dos serviços de interesse econômico geral ao mesmo tempo em que deve assegurar a universalização desses serviços.

Das diretrizes acima Caravaca e González extraem a necessidade de observância dos ditames de proporcionalidade nas restrições à concorrência que venham a ser impostas para se garantir a prestação de serviços de interesse econômico geral.²⁹² Além disso, Javier Pastor sustenta que, para ser aplicada a exceção prevista no atual art. 106.2, “os poderes públicos devem definir claramente a missão de serviço público e esta deve ser encomendada explicitamente através de um ato do poder público (inclusive um contrato)”.²⁹³

No mesmo sentido, Laguna de Paz²⁹⁴ observa que, de acordo com a legislação comunitária em vigor, (i) o art. 101.3 do TFUE²⁹⁵ autoriza a aprovação de acordos e

²⁹¹ “Do ponto de vista do direito comunitário da concorrência e, em especial, do art. 86.2 TCE [atual 106.2], o princípio da neutralidade tem várias consequências: i) a Comissão não se ocupa em saber se as empresas responsáveis pela prestação dos serviços de interesse geral deveriam ser públicas ou privadas. ii) não é necessário, por conseguinte, privatizar as empresas públicas, iii) as regras do Tratado de Roma e, em particular, as relativas à concorrência e ao mercado interno são aplicáveis qualquer que seja o regime de uma empresa (pública ou privada)”. CARAVACA, Alfonso e GONZÁLEZ, Javier. *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*, p. 116.

²⁹² “O art. 86.2 [atual 106.2] somente pode ser aplicado se se demonstra que, caso não existisse a medida estatal controvertida, a empresa em questão não poderia cumprir a tarefa que se lhe tenha sido encomendada. (...) Em suma, os efeitos restritivos sobre a concorrência somente deveriam ser aceitos se comprovado, por um lado, que as medidas são justificadas por razões imperiosas de interesse geral e são adequadas para garantir a realização do objetivo que perseguem (princípio de necessidade) (...) e, por outro, não vão mais além do necessário para alcançar este objetivo (princípio da proporcionalidade) – ou seja, a única restrição admissível é aquela que supõe os menores obstáculos para o desenvolvimento dos intercâmbios intracomunitários, sem por em perigo a missão de interesse geral”. CARAVACA, Alfonso e GONZÁLEZ, Javier. *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*, p. 120.

²⁹³ El concepto de servicio económico de interés general como límite al concepto de empresa en el ámbito de la ley de defensa de la competencia, p. 225

²⁹⁴ *Servicios de interés económico general*, p. 82.

práticas restritivas da concorrência, quando seus efeitos positivos compensarem a limitação à concorrência experimentada; (ii) os Estados-membros, ao analisarem atos de concentração, estão autorizados a levar em consideração valores diversos da defesa da concorrência (art. 21.4 do Regulamento 139/04);²⁹⁶ (iii) as empresas que prestam serviços de interesse econômico geral estão submetidas à legislação de defesa da concorrência, na medida em que essa não seja incompatível com a missão que lhes confiada; e (iv) os auxílios estatais podem ser autorizados quando tiverem por objetivo viabilizar a concretização dos serviços de interesse econômico geral.

Por fim, cumpre mencionar que também o direito da concorrência comunitário partilha do preceito desenvolvido a partir dos julgados *Noerr* e *Pennington* nos Estados Unidos, no sentido de que existe imunidade antitruste na tentativa de se influenciar a aprovação de legislação ou a adoção de política pública que seja restritiva da concorrência. No entanto, na visão da Corte Europeia de Justiça, a imunidade poderá ser afastada quando se observar ser a atividade manifestamente infundada, tendo sido perpetrada com o único e exclusivo objetivo de prejudicar a concorrência.²⁹⁷

²⁹⁵ TFUE. Art. 101.3. “As disposições no nº 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas; a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos; b) nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa”.

²⁹⁶ O Regulamento 139/04 disciplina a análise de atos de concentração de dimensão comunitária. Seu artigo 21.4 prevê que “os Estados-Membros podem tomar as medidas apropriadas para garantir a proteção de interesses legítimos para além dos contemplados no presente regulamento, desde que esses interesses sejam compatíveis com os princípios gerais e com as demais normas do direito comunitário”.

²⁹⁷ Referência é feita ao conceito de *sham litigation*, ou medidas (administrativas ou judiciais) fraudulentas, isto é, quando o agente econômico se vale do processo administrativo ou judicial com o único intento de prejudicar o seu concorrente, mediante, por exemplo, a propositura de ações manifestamente infundadas. Sintetizando a visão comunitária sobre as isenções antitruste, Eduardo Ferreira Jordão afirma existir “um princípio geral de que não há violação concorrencial no mero esforço para influenciar as autoridades públicas. Prevalece o entendimento de que esta atuação privada é característica essencial e positiva das democracias modernas”. O autor, no entanto, ressalva em seguida que “embora o uso de processos judiciais ou administrativos seja, a princípio, insuscetível de gerar infrações concorrenciais, isso poderá verificar-se quando: (i) a ação em questão for, do ponto de vista objetivo, manifestamente infundada; (ii) e o seu objetivo for o de eliminar a concorrência”. JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições regulatórias à concorrência*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 92.

3.4 A *State action doctrine* e as decisões do CADE

Dentre as doutrinas do direito comparado, observa-se que grande primazia, em termos de fonte de inspiração às autoridades brasileiras, tem sido conferida à *State Action doctrine*, citada expressamente em diversos julgados do CADE.

Em que pesem as distinções entre os ordenamentos jurídicos estadunidense e brasileiro (a começar que provêm de sistemas distintos, o da *common law* e o da *civil law*), é fato que os testes desenvolvidos pela jurisprudência norte-americana para aferir a existência ou não de isenção quanto à incidência da legislação antitruste sobre determinado setor da economia e, por conseguinte, sobre a competência da autoridade de defesa da concorrência para aplicar a Lei 8.884/94 a certos setores, já foram utilizados em várias ocasiões para embasar decisões do CADE.

A título de ilustração, em caso julgado no ano de 1998 o CADE discutiu a confirmação de um Termo de Compromisso de Cessação de Prática firmado pela SDE,²⁹⁸ o qual dispunha acerca de eventuais consequências anticompetitivas advindas da uniformização da tarifa de ônibus na cidade do Rio de Janeiro.

A conduta investigada consistia no fato de que a Secretaria Municipal de Transportes estabeleceria uma tarifa única de ônibus urbano no município e havia criado um Fundo de Complementação de Tarifas, constituído de contribuições fixas de cada empresa, cuja função era a equalização dos ganhos e prejuízos decorrentes do modelo de tarifa única.

O Relator Antônio Fonseca, ao recusar-se a referendar o TCC firmado pela SDE, afirmou:

“Embora se trate de um serviço regulamentado e sob monopólio estatal, advirta-se que a Lei n. 8.884/94 aplica-se também às pessoas de direito público (artigos 15 e 23, III). Recepção da doutrina do *state action* americana, i.e., o CADE pode e deve

²⁹⁸ À época, a SDE tinha competência para firmar TCCs *ad referendum* do CADE, o que não mais ocorre tendo em vista a alteração de redação do art. 53 da Lei 8.884/94 e, em breve, o fim das competências da SDE em matéria concorrencial com a entrada em vigor da Lei 12.529/2011.

atuar onde a política regulatória é inadequada e/ou a autoridade não mantém regular e eficiente supervisão, ensejando daí abuso à ordem econômica”.²⁹⁹

Ao final, ao mencionar o papel que os TCCs podem desempenhar em setores regulados, o Relator novamente observou que:

“os termos de compromisso [no caso concreto] não permitem um juízo de equilíbrio de interesses que pudesse contemplar um benefício para a coletividade. Por outro lado, nos setores regulamentados, o Termo haverá de vir acompanhado de um compromisso inequívoco da Administração, ausente no caso. Esse compromisso se inspira na doutrina americana na *state action*, ajustável ao direito brasileiro, a qual reconhece um papel da agência da concorrência em circunstâncias nas quais o órgão regulador não supervisiona adequadamente a aplicação ou observância do regulamento adequado, abrindo-se espaço para uma falha de mercado”.³⁰⁰

Este caso apresenta algumas complexidades, a começar por se tratar, na origem, de uma acusação de formação de cartel entre empresas de viação de ônibus, em decorrência de uniformização de tarifas regulamentadas pelo município do Rio de Janeiro. A própria decisão reconhece tratar-se de um “serviço regulamentado” e “sob monopólio estatal”, mas, apesar disso, sustenta que o TCC não deveria ser referendado porque não teria havido suficiente supervisão estatal na aplicação da regulação em vigor.

No entanto, o CADE não tem competência para atuar como uma “instância revisora” da regulação dos serviços públicos municipais, forçando a municipalidade a modificar a sua regulamentação quando ela se mostre restritiva da concorrência.

Além disso, em sendo clara a regulação incidente sobre o serviço, não se poderia exigir das empresas conduta diversa daquela prevista na norma setorial. Por isso, inclusive, a SDE buscava, através do TCC, que a Administração se comprometesse a “(a) realizar processo licitatório para permissão do serviço após o término ou rescisão dos atuais contratos; e (b) no processo licitatório futuro sejam observados os princípios básicos da isonomia, publicidade, legalidade do procedimento licitatório e liberdade de competição

²⁹⁹ Termo de Compromisso de Cessação de Prática no Processo Administrativo 08000.021660/96-05. Compromissárias Auto Diesel Ltda. e outras, Relator Conselheiro Antônio Fonseca, decisão publicada no DOU em 14.05.1998. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. *Relatório anual 1998/99*. Brasília: CADE, 1999, p. 49.

³⁰⁰ CADE. *Relatório anual 1998/99*, pp. 48/49.

baseada em preços”.³⁰¹ Ou seja, as imposições pretendidas voltavam-se ao ente público, e não às empresas.

Em suma, ainda que a prática de equalização de tarifas se mostrasse anticompetitiva – o que aqui se admite apenas para argumentar – o CADE não tem competência para rever a regulação impositiva adotada por um ente político da federação no exercício das atribuições que lhe são conferidas pela Constituição Federal (como ocorre, no caso, com o município, no que toca à regulação do serviço de transporte público municipal).

Assim, podia-se questionar se, tendo em vista que o poder público municipal efetivamente instituía o Fundo de Complementação de Tarifas – FCT, não havia uma mera indicação quanto à legalidade da uniformização das tarifas, mas sim uma verdadeira imposição pela regulamentação municipal que teria pretendido, nesse tocante, substituir a concorrência. Veja-se, inclusive, que as tarifas de transporte público municipal ainda são uniformemente estabelecidas pelo poder público local, não sendo a competição em preços uma realidade nesse segmento.³⁰²

Justamente por essa razão, apesar de o CADE ter se negado a homologar o TCC firmado pela SDE, posteriormente, quando do julgamento do mérito do processo administrativo, determinou o arquivamento do caso, tendo o Relator assim se manifestado:

“é de se concluir pela incompetência do CADE para julgar o presente caso sob a ótica da Lei 8.884/94, sobretudo ante a existência de norma constitucional e infraconstitucional que regula especificamente tal questão.

(...)

Desta forma, não prospera a denúncia de suposta existência de divisão de mercado pelas empresas permissionárias de transporte coletivo por ônibus do Município do Rio de Janeiro, sobretudo porque a outorga de novas linhas ou o rearranjo das já existentes dependem da concordância e exigem a fiscalização por parte do Poder Público, o que foi demonstrado nos presentes autos (...).”³⁰³

³⁰¹ CADE. *Relatório anual 1998/99*, p. 48.

³⁰² A decisão teve a seguinte ementa: “Compromisso de Cessação de Prática. Transporte Urbano. Tarifa única de ônibus. Município do Rio de Janeiro. Alegação de prática cartelizada e aumento excessivo de preços com auxílio do poder estatal. Lei 8.884, artigos 21, incisos I, III, V e XXIV. Homologação negada, podendo o Termo ser reapresentado observadas as exigências da decisão. Recurso das compromissárias prejudicado”.

³⁰³ Processo administrativo 08000.021660/96-05, Conselheiro-Relator Fernando de Oliveira Marques, j. em 05.02.2003.

No ano seguinte (1999), o CADE deparou-se com nova discussão acerca da sua competência face à definição de tarifas de serviços públicos de transporte de passageiros, em representação formulada pela Associação Mineira dos Usuários de Transportes de Passageiros e Carga em face de BHTRANS – Empresa de Transportes e Trânsito da Região Metropolitana de Belo Horizonte, a AMBEL – Assembleia Metropolitana da Região Metropolitana de Belo Horizonte e mais 87 empresas de transporte coletivo da Região.

Após afirmar *in abstracto* a competência do CADE para conhecer de acusações de abuso do poder econômico envolvendo setores regulados e entidades estatais, o Conselho arquivou a representação por ter entendido que a BHTRANS e a AMBEL haviam atuado dentro do rol de competências que lhes é atribuído pela legislação em vigor.³⁰⁴ A ementa dessa decisão alude à aplicação da doutrina da *State Action* “amoldada ao ordenamento jurídico pátrio”, no sentido de haver “reconhecimento *in abstracto* de competência do CADE para julgamento de matérias afetas à regulação estatal quando esta for inexistente, precária ou não adequadamente fiscalizada pelo órgão regulador”.³⁰⁵

Veja-se, em igual sentido, decisão do CADE envolvendo o setor de distribuição de gás canalizado que, nos termos do art. 25, §2º, da Constituição Federal, é considerado um serviço público de titularidade dos Estados-membros da federação. Ao julgar processo administrativo em que concessionárias de serviço público de gás canalizado do Estado do Rio de Janeiro eram acusadas da prática de preços abusivos, o Conselheiro Relator Afonso Arinos de Mello Franco observou:

³⁰⁴ Especificamente sobre este caso, o CADE, em seu Relatório Anual 1998/99 afirmou que “no que se refere ao comportamento de empresas privadas sujeitas a regime regulatório, o CADE entendeu também que, de um lado, não faria sentido, nem seria juridicamente possível, pretender punir uma empresa regulada por infração à concorrência se ela estivesse obedecendo estritamente a um comando da regulação emanada pela autoridade competente. De outro lado, porém, tendo a livre concorrência tamanha importância para a Constituição Federal e não podendo o órgão estatal de serviços públicos prever e regular todas as formas possíveis de conduta dos agentes econômicos – deixando uma margem maior ou menor de liberdade para a atuação privada – ainda caberá a atuação do órgão de defesa da concorrência. Assim, 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”. CADE, *Relatório anual 1998/99*, p. 66.

³⁰⁵ Trechos retirados da ementa da decisão proferida no PA 08000.002605/97-52, Relator Conselheiro Marcelo Calliari, decisão publicada no DOU em 29.01.1999. Como visto, no caso concreto, o processo administrativo foi arquivado ante o reconhecimento de que as representadas não haviam cometido infração da ordem econômica, mas apenas adotado condutas expressamente previstas na legislação em vigor. CADE. *Relatório Anual 1998/99*, pp. 63/66.

“A *State Action Doctrine* é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e, de fato, já foi adotada pelo CADE em diversos julgados. Apenas a título de exemplo, podemos citar o PA 08000.021660/96-05, no qual o CADE se declarou competente para conhecer da alegação de prática cartelizada e aumento excessivo de preços com auxílio do Poder Municipal. Nesse caso, o CADE afirmou ser a ‘Doutrina americana da *state action* ajustável ao direito brasileiro, a qual reconhece um papel de agência da concorrência em circunstâncias nas quais o órgão regulador não supervisiona adequadamente a aplicação ou a observância do regulamento ou o mesmo órgão não estabelece um regulamento adequado, abrindo-se espaço a uma falha de mercado’”.

Merece ser lembrado, neste ponto, que para que deixe de incidir a legislação de defesa da concorrência com base na *State action doctrine*, faz-se necessário que haja clara intenção de substituir a concorrência pela regulação e uma efetiva implementação dessa política, isto é, que ela não fique apenas no plano normativo, mas seja concretizada.³⁰⁶

Ao determinar o arquivamento do caso, o Conselheiro mencionou expressamente o fato de haver uma clara determinação da legislação estadual no sentido da substituição da concorrência em preços pela sua fixação pelo poder público estadual, o que tinha por efeito tornar inaplicável a norma de defesa da concorrência que sanciona a prática de preços abusivos:

“Verificou-se nos autos que as propostas de reajustes de tarifas feitas aos requerentes por parte da CEG e da Riogás se enquadram nos limites de preços máximos fixados pela ASEP-RJ. Verificou-se também nos autos que a parcela dos reajustes nos preços pretendidos pelas representantes referentes ao aumento do custo de aquisição do gás, corresponde aos aumentos do preço do gás natural fixados pelo Ministério da Fazenda.

Em função disso, corroboro o entendimento da SEAE e da SDE de que o comportamento de preços das representadas encontra-se dentro do quadro regulatório do setor, proposto pela ASEP-RJ, e de tal modo não pode ser considerado como um comportamento de preços abusivo em relação ao marco regulatório.”³⁰⁷

³⁰⁶ Em realidade, o principal aspecto a ser investigado reside na compatibilidade ou não do regime concorrencial com o regulatório. Conforme lembra Marcos Vinicius de Campos, mesmo na ausência de lei expressa que determine a substituição da concorrência pela regulação, aquela pode ser afastada pelo julgador sempre que for necessário inferir a incompatibilidade entre ambas: “a isenção pode ser inferida pelas Cortes para se preservar a operacionalidade ou integridade do regime de regulação existente aprovado pelo Congresso”. CAMPOS, Marcos Vinicius. *Concorrência, cooperação e desenvolvimento*, pp. 229/230.

³⁰⁷ Processo administrativo 08012.006207/98-48, Relator Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto, j. em 31.01.2001.

O trecho acima transcrito permite constatar que os reajustes tarifários alegadamente abusivos foram realizados nos limites expressamente autorizados pela entidade reguladora setorial competente, sendo certo – adicionamos – que as competências da ASEP para regular o setor de gás canalizado encontravam-se claramente dispostas em lei estadual.

Há, ainda, outro julgado em que igualmente o CADE fez expressa menção à existência de regulação substitutiva da concorrência, expressamente referindo-se à *State Action doctrine*. Trata-se de situação envolvendo a regulação municipal do serviço de táxi de saída e chegada a aeroporto, que havia concedido exclusividade a uma única cooperativa.³⁰⁸

Nesta decisão, o CADE decidiu não intervir sobre a norma municipal que conferia exclusividade à cooperativa de táxi situada no aeroporto para transportar passageiros que chegassem à cidade por meio do transporte aéreo. Merece ser sublinhado que, nas razões de decidir, foi feita a referência direta aos dois principais testes da *State Action doctrine*, quais sejam, (i) a intenção expressa na norma de substituir a concorrência por regulação impositiva sobre questões essenciais ao mercado, tais como acesso e preço; e (ii) a existência de efetiva supervisão da autoridade municipal sobre a regulação exarada. Deve ser considerado, ainda, que a essas duas características a decisão adiciona haver “razoabilidade” na regulação, critério esse que é mais típico da jurisprudência europeia, conforme anteriormente comentado.

Em caso de elevada repercussão no setor portuário, o Conselheiro Luis Carlos Delorme Prado igualmente fez referência expressa à doutrina da *State Action*. O processo administrativo envolvia a alegação de que a cobrança de preço, pelos terminais alfandegados aos retroalfandegados, pela movimentação das mercadorias no Porto Organizado de Santos provenientes dos navios que atracavam no porto, constituía infração antitruste, por aumentar os custos desses últimos e, por conseguinte, reduzir a competitividade de seus serviços.

³⁰⁸ A decisão teve a seguinte ementa: “Processo administrativo. Conduta: apuração de formação de cartel, entre outras práticas infratoras à concorrência. Análise de infração à concorrência no âmbito de serviço regulado. Conclusão: adoção de série de normas regulatórias, fulcradas no poder de polícia da Administração Pública Municipal, que se destinam a estabelecer limites e condições às fontes de mercado (preço e entrada). Decisões regulatórias foram consequência imediata de política expressa e bem definida de regulação e encontram-se devidamente fiscalizadas. Razoabilidade das normas regulatórias *via à vis* o princípio constitucional da livre concorrência. Fatos descritos não configuram infração à ordem econômica. Voto pelo arquivamento do processo” (PA 08012.006507/98-81, j. em 06.08.2003, Relatório Conselheiro Roberto Pfeiffer).

Naquele voto, o Conselheiro assim se manifestou, acerca da diferença entre o valor cobrado pela CODESP aos terminais e o preço cobrado por estes aos seus concorrentes retroalfandegados, com a finalidade de destacar que, para esse último, não havia norma expressa fixando o preço, de modo que não restava afastada a incidência da legislação de defesa da concorrência:

“Destaco, nesta oportunidade, a diferença fundamental entre a tabela M da CODESP, que cobrava tarifa pela segregação e entrega, e a cobrança dos terminais portuários privados. Tal cobrança estava fundamentada em dispositivos legais, como o Decreto 24.511/34. Através deste, houve a aquiescência do poder público responsável pela outorga do serviço portuário para a cobrança desta tarifa. Sendo assim, esta manifestação do poder público, expressa em ato normativo, configura excludente de ilicitude concorrencial da prática da CODESP, segundo a teoria da ‘*State Action Doctrine*’. Esta doutrina impõe dois critérios para determinar se a regulamentação confere ou não imunidade à aplicação do direito antitruste: (i) que a decisão ou regulamentação seja expedida em consequência de uma política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação e (ii) haja supervisão do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação. (...)

À época em que a CODESP operava em regime de monopólio os serviços portuários, não existia concorrência naquele mercado, sendo esta substituída pela regulamentação da atividade pelo poder público. Já que este ratificou a cobrança por meio de decreto, não há que se falar de ilícito concorrencial na prática anterior da CODESP. Finalmente, a própria CODESP deixou de cobrar pelo serviço de segregação e entrega antes mesmo das privatizações”.

Com a mudança do marco regulatório do setor, mencionada na última frase acima citada, a questão da cobrança de valores entre terminais alfandegados e retroalfandegados deixa de ser objeto de uma clara política de substituição da concorrência pela regulação e, por conseguinte, passa a poder ser objeto de escrutínio antitruste.

Esta decisão será analisada em maiores detalhes no próximo capítulo; porém, merece ser destacado, neste momento, o fato de que o Conselheiro referiu-se à doutrina da *State Action* embora, como anteriormente mencionado, essa tenha sido cunhada no contexto de discussões em torno do federalismo (lei estadual restritiva da concorrência *versus* as leis antitruste federais) e, no Brasil, o setor portuário seja objeto de regulação federal, não havendo, no caso concreto, qualquer discussão em torno do tema da federação.

Os precedentes acima comprovam que o CADE utiliza expressamente os testes previstos na jurisprudência norte-americana quando é chamado a julgar casos envolvendo alegações de práticas anticompetitivas em mercados regulados, ainda que sob a crítica de

alguns teóricos. Referindo-se especialmente ao julgamento envolvendo a tarifa do transporte público urbano, do qual foi relator, o ex-Conselheiro Marcelo Calliari afirmou:

“Um caso interessante foi uma acusação contra a empresa metropolitana de transportes coletivos da região de Belo Horizonte, a BHTrans, feita pelas associações de usuários, de aumento coordenado de tarifas com as demais empresas do setor. Na verdade, havia uma determinação da BHTrans, empresa municipal de transportes coletivos, nesse sentido. Havia um precedente no CADE, o caso Rodonal, entendendo que a regulação excepcionaria a Lei de Defesa da Concorrência, e esse seria um desses casos, seguindo a *state action doctrine* norte-americana, que criava uma redoma protegendo a conduta se o setor fosse regulado. A competência residual da autoridade antitruste existiria apenas quando a regulação fosse falha ou mal-aplicada pelo regulador. Meu entendimento foi de que não se aplicava essa doutrina ao Direito brasileiro; não havia apoio na lei brasileira. Ao contrário, a Lei de Defesa da Concorrência não excepciona nenhum mercado. Quer dizer, o fato de o setor ser regulado não o imuniza da ação de defesa da concorrência. Há uma interpenetração das legislações; o fato de existir regulação não excetua o setor da Lei Antitruste, e uma conduta num setor regulado também pode ser anticoncorrencial”.³⁰⁹

De todo o exposto extrai-se que, embora não reconhecendo amplas isenções setoriais, o CADE respeita as decisões tomadas pelas autoridades federais e estaduais, no exercício de competências regulatórias típicas, sobre elementos-chave em matéria concorrencial, como preço e qualidade, desde que essas exercitem competências claramente estabelecidas no ordenamento jurídico, como ocorre com os serviços públicos e com as atividades econômicas monopolizadas.

Nesse sentido, o próprio CADE reconhece que a entidade atua nos espaços deixados pelo regulador, ou seja, em situações de omissão ou vazio regulatório. Não lhe cabe, todavia, revisar ou substituir a decisão do regulador que tenha atuado no gozo de suas competências, ainda que, na visão do CADE, a regulação esteja mal elaborada e, por isso, propicie a criação ou desenvolvimento de cenários anticoncorrenciais.

Corroborando o entendimento acima, ainda no início dos anos 90, a jurisprudência do CADE afirmava:

³⁰⁹ DUTRA, Pedro. *Conversando com o CADE*, p. 111.

“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”.³¹⁰

No entanto, o que se observa é que, no âmbito administrativo, a prevalecer esse entendimento, acaba competindo ao CADE, em última análise, decidir se houve “omissão regulatória” ou “falha” da regulação que permita o exercício de competências residuais pela autoridade concorrencial.³¹¹

Há situações em que este tema já está bastante consolidado, como na definição dos limites tarifários a serem aplicados aos de serviços públicos, que são claramente uma competência da entidade reguladora setorial. Por outro lado, casos há em que o CADE, verificando que um mercado regulado experimenta, por hipótese, situações propiciadoras de incremento de barreiras à entrada, terá, na prática, que decidir se a regulação setorial efetivamente autoriza (implicitamente) este comportamento, ou se, ao contrário, trata-se de vazio regulatório onde o CADE pode fazer incidir a Lei 8.884/94 para fazer cessar a conduta.

No âmbito da investigação de condutas potencialmente anticompetitivas, acaba competindo ao CADE dizer se uma prática observada no mercado é ou não lícita, pois, ainda que o regulador nada tenha disposto a respeito (ou seja, não tenha editado uma norma ou decisão aprovando-a expressamente, nem a tenha condenado), nada impede – aliás, a legislação exige – que o CADE a sancione, se esta tiver o condão de violar o

³¹⁰ Representação 07/93 *apud* PA 08012.006207/98-48. No mesmo sentido, afirmou o Conselheiro Paulo Pinheiro, em averiguação preliminar relacionada ao setor de aviação civil: “a omissão ou complacência da autoridade reguladora, ou mesmo a inadequação de determinadas normas de regulação setorial, permitem com frequência a ocorrência de condutas atentatórias à ordem econômica sob o manto da proteção oficial ensejada por regimes específicos de concessões de serviços públicos. Não pode a autoridade reguladora, contudo, perder de vista que a busca da eficiência econômica e do melhor preço para o consumidor final deve ser perseguida por quaisquer daqueles que se disponham a oferecer bens e serviços à sociedade, independentemente de se estar operando em regime privado ou em regime de contrato administrativo público” (AP 08000.016458/94-55, j. em 16.12.1997).

³¹¹ Sujeita essa decisão, logicamente, à revisão judicial, na extensão e limites em que os atos administrativos sujeitam-se ao crivo do Poder Judiciário.

disposto na lei de defesa da ordem econômica, o que só não ocorrerá se a norma setorial clara e indubitavelmente tornar a prática, *a priori* anticompetitiva, em lícita.³¹²

Nesse sentido, quando a agência reguladora ou o Poder Concedente exercerem sua competência de forma plena, não caberá ao CADE rever tal regulação. Nesse sentido, decidiu o Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto, no caso já acima citado, referente ao questionamento do valor da tarifa praticada pela concessionária local de distribuição de gás canalizado, cujos valores eram objeto de prévia aprovação por parte da agência reguladora estadual do serviço:

“Processo administrativo instaurado para apurar uma suposta prática anticoncorrencial de fixação de preços abusivos pelas representadas, cuja previsão como infração está descrita no art 21, inciso XXIV, da Lei nº 8884/94. Competência do regime regulatório. Condições para atuação do CADE em mercado objetos de regulação econômica. Atuação do CADE em relação a atos de agências reguladoras. (...). Adequação da *state action doctrine* pelo direito brasileiro. O CADE pode agir em lugar da política regulatória quando esta não for especificamente delineada na legislação, ou quando o órgão regulador age positiva ou negativamente de modo a inutilizar ou ultrapassar sua política regulatória, abrindo margem ao mercado para condutas infrativas da ordem econômica. O CADE pode atuar em mercado regulados cuja estipulação reguladora de seu órgão responsável permita a atividade livre no mercado. (...). O sistema de tarifas máximas diferenciadas por blocos de consumo aplicado pelas concessionárias, na sua concepção e na metodologia usada para seu emprego e administração, atende os requisitos de um sistema regulatório eficiente e promotor do bem-estar social. O sistema de *by-pass* comercial está adequado, mas foi verificada a necessidade de estado preventivo de seu funcionamento pela agência reguladora. As práticas das empresas concessionárias de fornecimento de gás natural que, alegaram as representantes, seriam anticoncorrenciais, foram realizadas na obediência estrita da regulamentação sobre o assunto, emanada, como visto, de órgãos competentes e decisões políticas legítimas. Não podendo as empresas agirem de outra forma, não se pode acusá-las de infração à ordem econômica por meio da dominação de mercado ou aumento abusivo de lucro. No tocante às alegações referentes às possíveis restrições nos termos contratuais de concessão ao desenvolvimento do mercado de comercialização de gás natural, entendo que cabe ao Poder Concedente estar atento às possíveis medidas a serem tomadas para sua adequação. Ao CADE cumpre alertar para a necessidade de instauração das condições propícias para o desenvolvimento pleno e livre desse mercado, em benefício do interesse público.

³¹² Consequência semelhante é observada no direito comunitário, em que, segundo Laguna de Paz, o Tribunal de Justiça reconheceu a legitimidade da atuação da Comissão Europeia para rechaçar conduta praticada por agente econômico atuante em ambiente regulado, quando essa fosse perpetrada em matéria ou segmento não expressamente disciplinado pela regulação setorial. *Servicios de interés económico general*, p. 87.

Conhecido o recurso *de officio*, sendo, porém, improvido no mérito, determinando-se o arquivamento do processo e a extinção da medida preventiva aplicada ao caso.”³¹³

O voto acima deixa claro que o CADE não interferirá sobre demandas que digam respeito a competências que, por definição legal, no direito brasileiro, são próprias das autoridades reguladoras e estejam sendo efetivamente exercidas dentro dos limites previstos na lei de criação do marco regulatório setorial.

Em síntese, o primeiro teste da doutrina da *State Action* mostra-se compatível com o direito brasileiro, referindo-se à existência ou não de regulação substitutiva da concorrência. Tendo em vista que o princípio constitucional da livre concorrência sopesa-se com outros princípios igualmente de matriz constitucional – como defesa do consumidor, redução das desigualdades nacionais e regionais, acesso a serviços públicos adequados – não será *prima facie* inconstitucional uma lei que determine o afastamento, em determinado segmento de mercado, da incidência da legislação de defesa da concorrência, em prol de outros valores igualmente de estatura constitucional (como a universalização dos serviços públicos, instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana), desde que esse afastamento passe pelo crivo do resguardo ao interesse público e do princípio da proporcionalidade – seja adequado, necessário e proporcional afastar a concorrência para que outros valores possam ser concretizados.

No entanto, o segundo teste da *State Action* – a exigência de efetiva supervisão do exercício da política de substituição da concorrência pela regulação – é, a nosso sentir, de pouca relevância para o direito administrativo brasileiro.

No direito brasileiro, normas não perdem sua vigência pelo desuso. Assim, o fato de eventualmente uma agência reguladora (ou qualquer entidade da Administração Pública) deixar de exercer uma competência de supervisão, que lhe seja legalmente atribuída, sobre uma regulação substitutiva da concorrência, não tem o condão de afastar a possibilidade de invocação dessa norma no futuro, nem terão embasamento eventuais alegações de que a legislação teria deixado de ser aplicável porque a entidade reguladora não a teria invocado ou supervisionado por longo período. A regulação substitutiva do mercado, se for o caso, não deixa de vigorar e poder ser alegada pelos agentes econômicos

³¹³ Processo administrativo 08012.006207/98-48, Relator Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto, j. em 31.01.2001.

pelo fato de a agência reguladora não ter, eventualmente, supervisionado ou exigido, de forma incisiva, o seu cumprimento. A ausência de supervisão na aplicação da norma reguladora não se mostra suficiente para fazer incidir a norma antitruste.

Questão diversa reside em se discutir se a legislação que confere competências à entidade reguladora pretendeu substituir a concorrência pela regulação, ou, ainda, se determinou que será a entidade reguladora quem aplicará a norma de defesa da concorrência.

As competências, no direito brasileiro, têm sempre um embasamento legal, para cuja interpretação se pode recorrer aos diversos métodos interpretativos à disposição do julgador: literal, teleológico e, inclusive, o histórico.³¹⁴ Isto é, se determinado órgão jamais exerceu uma competência (por exemplo, promover um processo sancionador com base na lei de defesa da concorrência ou julgar um ato de concentração à sua luz), possivelmente isso ocorreu porque historicamente a lei que elenca as suas atribuições foi interpretada como não lhe conferindo essa prerrogativa.

Embora em muitos casos, seja aplicando o segundo teste da *State action doctrine*, seja invocando os limites à competência do órgão regulador, chegue-se ao mesmo resultado prático – reconhecer a competência da autoridade concorrencial e a incidência da norma de defesa da concorrência – a justificativa apresenta-se distinta.

Dando um exemplo ilustrativo, pode-se lembrar que muito já se discutiu acerca da competência privativa do Banco Central do Brasil para analisar atos de concentração no setor bancário.

Uma alegação recorrente nesse debate, a favor da preservação da competência do CADE, reside em que, até o início deste século XXI, apesar de a Lei 4595/64 estar em vigor há mais de três décadas, o BACEN jamais realizara uma análise típica de

³¹⁴ Sobre o método de interpretação histórica, Tercio Sampaio Ferraz Junior lembra que esse costuma casar-se com as interpretações sociológica e evolutiva. Se as palavras podem ser ambíguas e vagas, “a hermenêutica pressupõe que tais significados são função da conexão fática ou existencial em consideração ao conjunto vital – cultural, político e econômico – que condiciona o uso da expressão. A atividade de expô-los e conectá-los com as expressões normativas constitui objeto dos métodos sociológicos e históricos”. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 289. No mesmo sentido, Carlos Maximiliano, que ressalta a relevância de se estudar a história de um instituto ou norma para se buscar o seu conteúdo. O método histórico “inquire quais as ideias dominantes, os princípios diretores, o estado do Direito, os usos e costumes em voga, enfim o espírito jurídico reinante na época em que foi feita a norma. O legislador é um filho do seu tempo: fala a linguagem do seu século, e assim deve ser encarado e compreendido”. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965, pp. 150/151.

microeconomia antitruste ao decidir sobre se uma fusão ou aquisição no setor financeiro deveria ou não ser autorizada.³¹⁵

Este fato é de extrema relevância na interpretação do marco legal da matéria, mas, a nosso ver, não em função de que o BACEN teria deixado de exercer sua competência privativa e, por conseguinte, essa teria se perdido por “desuso”, ou seja, porque a entidade não teria executado ou supervisionado explicitamente a política de fusões e aquisições no setor bancário, à luz da proteção do princípio constitucional da livre concorrência e da legislação concorrencial.

A relevância do fato de que o BACEN não analisava as concentrações no setor bancário, do prisma concorrencial, reside em que ela permite compreender que historicamente o órgão regulador setorial não interpretava a norma em comento como lhe conferindo prerrogativa para exercício do poder de polícia especificamente concorrencial, no que tange ao controle de estruturas, sobre os bancos.

Portanto, o argumento é preservado a partir da utilização do método de interpretação histórico, o que, do prisma teórico, parece-nos distinto do que preconiza o segundo teste da *State Action* (supervisão efetiva de uma política de substituição da concorrência pela regulação), mas que, em termos práticos, pode levar a resultados semelhantes.

Para que se possa compreender, no que tange à defesa da concorrência, quais competências, no direito brasileiro, são exclusivas das autoridades reguladoras, e quais são próprias às autoridades de defesa da concorrência, no próximo capítulo nos dedicaremos a comentar o processo de reforma do Estado experimentado pelo País ao longo da década de 90 e, em seguida, apresentaremos o resultado de pesquisa sobre as decisões do CADE envolvendo setores de infraestrutura que, por trazerem ínsitos os problemas decorrentes da presença de monopólios naturais, são objeto de forte regulação estatal, a qual, em algumas situações, pode apresentar-se substitutiva da concorrência.³¹⁶

³¹⁵ Ver, nesse sentido, SALOMÃO FILHO, Calixto: “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 a análise da decisão do ponto de vista concorrencial”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro*. In CAMPILONGO, Celso Fernandes; VEIGA DA ROCHA, Jen Paul Cabral; MATTOS, Paulo Todescan. *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 145/146.

³¹⁶ Não é objeto de nosso estudo o tema da incidência da legislação antitruste sobre práticas tendentes à aprovação de legislação ou regulação anticompetitiva, já que o objetivo desta tese é analisar a jurisprudência

O objetivo, como já adiantado na introdução deste trabalho, reside em, a partir de uma observação empírica, concluir se, do ponto de vista da implementação de políticas públicas e considerando a escassez de recursos estatais, deve ser mantida a atual interpretação conferida pelo próprio CADE, no sentido de que não existem setores imunes à sua competência de intérprete e aplicador, por excelência, na esfera administrativa, da legislação de defesa da concorrência.

do CADE sobre setores regulados. Dessa forma, sobre o tema, remetemos o leitor aos itens 4.3 e 4.4 da obra de Eduardo Ferreira Jordão, *Restrições regulatórias à concorrência*, *ob. cit.*

IV. A jurisprudência do CADE em setores de infraestrutura

O objetivo deste capítulo consiste em apresentar o resultado da pesquisa empreendida na jurisprudência do CADE, por setor de infraestrutura analisado.

No entanto, para que se possa compreender mais profundamente o contexto em que essas decisões foram proferidas e as questões jurídicas que lhes são subjacentes, parece-nos necessário proceder a alguns comentários acerca do processo de reforma do Estado e desestatização vivenciado pelo país ao longo dos anos 90.

Igualmente a fim de que reste melhor caracterizada a relevância do estudo empreendido, será realizada uma análise prévia do tema das concessões na jurisprudência do CADE, com ênfase nos entendimentos firmados por essa autarquia relativamente ao controle estrutural dos procedimentos licitatórios de desestatização, que resultaram na edição da Súmula 3.

Após a apresentação desses pressupostos, passaremos a discorrer sobre as decisões proferidas pelo CADE em cada um dos setores de infraestrutura investigados, os quais foram subdivididos em dois grandes grupos: serviços públicos e atividades econômicas monopolizadas. A análise de cada setor será precedida de breves comentários acerca do seu histórico e das principais características do seu atual marco regulatório.

4.1 Os anos 90, a reforma do Estado e o papel do CADE

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova Ordem Econômica e uma nova principiologia na divisão de atribuições entre o Estado e a iniciativa privada relativamente à produção e à oferta de bens e serviços no mercado.

Tendo dentre os princípios fundadores da ordenação econômica a livre iniciativa e a livre concorrência (art. 170, *caput* e IV, CF/88), a promulgação da nova Constituição veio a requerer uma reforma do Estado, especialmente em razão da previsão constante no art.

173, *caput*, da Constituição Federal³¹⁷, que parcela da doutrina convencionou chamar princípio da subsidiariedade da participação do Estado na atividade econômica.³¹⁸

A solução de compromisso refletida na Constituição Econômica decorreu, em grande parte, do ocaso do modelo estatizante que havia prevalecido no país pelo menos nas três décadas que lhe antecederam. De fato, a década de 80 constatou a inviabilidade de os setores de infraestrutura dependerem fundamentalmente do Estado, tendo se esgotado as fontes de investimento e financiamento públicos.³¹⁹

Também o fato de as tarifas de serviços públicos terem sido fixadas, durante longos períodos, em patamares inferiores ao efetivo custo do serviço, de modo a contribuir para a contenção da inflação, dificultava o desenvolvimento desses setores.³²⁰ Havia, assim, uma

³¹⁷ Constituição Federal. “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. §1º (...)”.

³¹⁸ Alexandre Aragão compreende o princípio da subsidiariedade como sendo decorrência do princípio da proporcionalidade: “Insero no Princípio da Proporcionalidade, mais especificamente em seu elemento necessidade, está o Princípio da Subsidiariedade, que, na seara do Direito Econômico, impõe ao Estado que se abstenha de intervir e de regular as atividades que possam ser satisfatoriamente exercidas ou auto-reguladas pelos particulares em regime de liberdade. Ou seja, à medida que os valores constitucionalmente assegurados não sejam prejudicados, o Estado não deve restringir a liberdade dos agentes econômicos e, caso seja necessário, deve fazê-lo da maneira menos restritiva possível”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 132.

³¹⁹ Conforme comenta Maílson da Nóbrega, “o modelo se exauriu em meio à crise fiscal irrompida no final dos anos 70, que se agravou com o choque do petróleo (1973 e 1979), com a elevação dos juros nos Estados Unidos (1979/1980) e com a crise mundial detonada com a moratória mexicana (1982)”. NÓBREGA, Maílson. Brasil: um novo horizonte. In: ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 306. Ilustrando a diferença da capacidade de investimento estatal nas décadas anteriores e nos anos 80, Armando Castelar Pinheiro comenta que, no setor de geração de energia elétrica, houve investimentos da ordem de 9.8% ao ano entre os anos 50 e 80; já entre 1981 e 1993, esse percentual reduz-se a meros 4.3% ao ano, ficando, inclusive, abaixo do crescimento médio da demanda no mesmo período, que foi de 5.3%. PINHEIRO, Armando Castelar. *Reforma regulatória na infra-estrutura brasileira: em que pé estamos?*, p. 45. O descasamento entre a escassez de investimentos que, na época, eram basicamente estatais, e o crescimento da demanda ficou claro, com a deterioração da qualidade dos serviços e incapacidade de expansão sua oferta.

³²⁰ Como anota Armando Castelar Pinheiro, referindo-se ao setor de energia elétrica, mas refletindo prática que foi comum a outros setores, “a partir da segunda metade dos anos 70, e mais intensamente no início dos anos 80, as tarifas de energia elétrica deixam de ser fixadas pelo DNAEE e passam a ser controladas pelo Ministério da Fazenda, como instrumentos de combate à inflação e promoção das exportações. A saúde financeira das empresas de energia elétrica, a essa altura quase todas estatais, sofreu um agudo processo de deterioração, à medida que as tarifas passaram a ser reajustadas abaixo do necessário para garantir a remuneração mínima legal do capital investido, sendo a diferença creditada a seu favor na Conta de Resultados a Compensar (CRC). As empresas também sofreram com níveis crescentes de endividamento, que comprometeram elevada parcela de suas receitas com o pagamento de juros. Também pesaram contra as empresas do setor a elevação do imposto de renda de 6% para 40% e a extinção do IUEE [Imposto Único sobre Energia Elétrica] pela Constituição de 1988. Conforme os créditos se acumulavam na CRC, as empresas distribuidoras, que eram majoritariamente de propriedade dos governos estaduais, passaram a não mais pagar a energia comprada das grandes geradoras, que pertenciam ao governo federal, tornando ainda mais complicada a situação do setor”. *Direito, economia e mercados*, pp. 314 e 315.

consequência perversa nessa política: sem que a tarifa remunerasse adequadamente o serviço, não havia como as companhias estatais investirem em universalização e modernização tecnológica, de modo que o efeito distributivo e inclusivo esperado das políticas públicas relacionadas aos serviços públicos acabava por não se viabilizar.³²¹

Nesse momento em que a Constituição de 1988 completou mais de duas décadas, pode-se afirmar que profundas modificações na relação Estado-mercado já se fizeram sentir comparativamente às décadas que lhe precederam. O Estado não deixou de ser ator direto da atividade econômica,³²² mas privilegiou em muitos setores o modelo de intervenção indireta, preferindo a exploração de atividades econômicas, em regra, pela iniciativa privada, sujeita a uma legislação de defesa da concorrência e, em alguns setores, a uma regulação setorial técnica e econômica.³²³

Após 1988, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência sofreu mudanças institucionais significativas (inicialmente com a Lei n. 8.158/91 e, em seguida, com a Lei

³²¹ Conforme aponta CARVALHO, Vinicius Marques de. Regulação econômica e serviços públicos. In SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito econômico regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 44.

³²² A redação do § 1º do art. 173 da Constituição Federal, ao permitir a intervenção direta do Estado sobre a economia, por meio das empresas estatais, quando estiver presente “imperativo da segurança nacional” ou “relevante interesse coletivo”, nos termos da lei, não permite concluir que a Ordem Constitucional Econômica seja necessariamente estatizante ou desestatizante. Especialmente o uso do conceito jurídico indeterminado “relevante interesse coletivo” permite amoldar a participação direta do Estado na economia conforme os valores socialmente compartilhados pela maioria, em cada época. Esse entendimento não afasta, no entanto, as constatações anteriormente realizadas neste capítulo no sentido de que, no início dos anos 90, o modelo baseado em investimento estatal nos setores de infraestrutura tinha dado sinais de esgotamento, e que o comando do art. 173, *caput*, da Constituição Federal constitui um embasamento jurídico para o Plano Nacional de Desestatização. Nesse sentido, manifestamo-nos em SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A Constituição de 1988 e a disciplina da participação direta do Estado na Ordem Econômica. In LANDAU, Elena (coord.). *Regulação jurídica do setor de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, tomo II, p.419/441.

³²³ Nesse sentido, comentou o Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho: “Como aponta Celso Furtado, o poder econômico revela-se pela capacidade do agente influenciar e modificar o meio em que atua, apresentando no seu comportamento um fator volitivo criador de novo contexto. (...) A empresa com elevado poder econômico planifica setorialmente uma parte da atividade de um sistema econômico. Em tese, quanto mais atomizado o poder econômico, mais espaço para uma ação coordenada macroeconômica, na medida em que maior poder se confere ao centro decisório nacional e mais distante essa racionalidade fica da soma das racionalidades individuais. Por outro lado, quanto maior a concentração de poder econômico, mais próxima ela se torna da soma das racionalidades microeconômicas. Enfim, o poder econômico concentrado pode limitar a capacidade de o Estado ordenar variáveis macroeconômicas, e de formular e implementar um conjunto coerente de diretrizes chamado política econômica. Tomando como ponto de partida esse diagnóstico, o Estado pode dimensionar políticas públicas que tenham por objetivo: (i) regular os agentes detentores de poder econômico, controlando variáveis como preço, quantidades, entrada e saída do mercado; (ii) estabelecer a participação do Estado na produção econômica por meio de empresas estatais de modo a compensar ou equilibrar as relações de poder (poder compensatório) ou criar novos mercados; (iii) e, por fim, atuar no controle do abuso do poder econômico, preservando a liberdade de concorrência, através do direito antitruste”. Voto proferido no ato de concentração 08012.005789/2008-23 / 53500.12477/2008, j. em 20.10.2010.

8.884/94), tendo o CADE se consolidado como uma autoridade fundamental na disciplina estatal sobre os mercados, atuando de forma autônoma no controle das concentrações e na repressão às condutas anticompetitivas, com ênfase no combate aos cartéis.³²⁴⁻³²⁵

A adoção de técnicas sofisticadas de investigação, especialmente a partir da promulgação da lei 10.149/2000³²⁶, tais como a execução de mandados de busca e apreensão com autorização judicial, acordos de leniência e, a partir de 2007, a nova disciplina dos termos de compromisso de cessação de prática com relação aos cartéis (Lei 11.482/07) permitiram às autoridades antitruste aprofundarem a sua atuação na repressão a práticas empresariais anticompetitivas.

Paralelamente ao crescimento da importância da atuação do Estado na tutela da concorrência, observou-se, a partir de 1996³²⁷, a criação de entidades da Administração Indireta intituladas agências reguladoras, primeiramente em âmbito federal e, posteriormente, na maioria dos Estados-membros e em alguns municípios.³²⁸

A essas entidades a lei atribuiu a natureza jurídica de autarquias em regime especial, tendo em vista a sua autonomia reforçada, que se caracteriza principalmente pelo mandato fixo de seus dirigentes (com vedação à exoneração *ad nutum*) e pela

³²⁴ O CADE, criado desde a Lei 4.137/62, é elevado, pela Lei 8.884/94, ao *status* de autarquia com autonomia reforçada, o que pode ser constatado da conferência de mandato a seus Conselheiros, com vedação à sua exoneração imotivada, bem como pela previsão legal expressa de que o CADE é a última instância decisória na esfera administrativa (arts. 5º e 50, L. 8884/94), somente se podendo recorrer de suas decisões ao Poder Judiciário.

³²⁵ Deve ser considerado também que profundas mudanças de caráter macroeconômico, como a abertura do Brasil às importações e o controle da inflação, propiciaram um ambiente de maior competitividade e atração de investimentos. Sobre o papel da abertura às importações para a dinamização do mercado nacional, ver SIMONSEN, Mario Henrique. Competir é a saída e não chamar a polícia, p. 373.

³²⁶ Em razão das modificações efetuadas pela Lei 10.149/00 à Lei 8.884/94 (especialmente a introdução dos arts. 35-A, 35-B e 35-C).

³²⁷ Em 26.12.1996 é promulgada a lei n. 9.427/97, instituindo a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, que constitui a primeira agência reguladora federal criada no contexto da reforma administrativa do Estado da década de 1990.

³²⁸ Nas palavras de Vinicius Marques de Carvalho, “na década de 1990 vivenciamos no Brasil um processo de reestruturação patrimonial do Estado brasileiro que nos setores de infraestrutura alterou a dinâmica da intervenção do Estado introduzindo novos mecanismos de regulação. Entre eles podemos citar a inserção de uma abordagem concorrencial, por meio de uma disciplina de incentivos e de controle. Onde antes havia uma política pública formulada em âmbito ministerial e uma empresa estatal como seu braço regulador/executor, emergiu a separação entre as duas últimas atividades, transferindo a função regulatória para uma autarquia em regime especial e a operação para uma empresa privada, alçada à condição de concessionária de serviço público. Essa é, em geral, a descrição parcial do que se convencionou chamar Reforma do Estado brasileiro. Findava o modelo nacional-desenvolvimentista e surgia o ‘Novo Estado Regulador’”. Trecho de voto proferido no ato de concentração 08012.005789/2008-23 / 53500.12477/2008, j. em 20.10.2010.

impossibilidade de recurso ao Chefe do Poder Executivo contra suas decisões.³²⁹ Foram-lhe atribuídas funções regulatórias³³⁰ de ordenação de setores da atividade econômica em que são observadas falhas de mercado.

Não se pode deixar de mencionar que, para alguns autores, há certa perplexidade na criação dessas autoridades administrativas independentes, especialmente quanto ao fato de que o Chefe do Poder Executivo está impedido de exonerar imotivadamente seus dirigentes máximos no curso do mandato, ou rever os atos decididos pelas suas diretorias colegiadas.³³¹ No entanto, mesmo nos Estados Unidos, país de governo presidencialista por excelência, centros descentralizados de poder decisório não são raros e são compreendidos,

³²⁹ De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “assim é que a descentralização autárquica, depois de um certo declínio, ressurgiu, restaurada, como a melhor solução encontrada para conciliar a atuação típica de Estado, no exercício de manifestações imperativas, de regulação e de controle, que demandam personalidade jurídica de direito público, com a flexibilidade negocial, que é proporcionada por uma ampliação da autonomia administrativa e financeira, pelo afastamento das burocracias típicas da administração direta e, sobretudo (...) pelo relativo isolamento de suas atividades administrativas em relação à arena político-partidária”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 147.

³³⁰ Para os fins do presente trabalho, como já anteriormente mencionado, os termos regulação e atividade reguladora serão utilizados em seu significado de regulação ordenadora da atividade econômica, conforme a conceituação proposta por Marçal Justen Filho: “A regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 447. Além disso, as políticas regulatórias devem ser reconhecidas como políticas de Estado, fortemente positivas em leis, instrumentos normativos e contratos de duração mais longa do que os ciclos governamentais (de quatro anos).

³³¹ De fato, parcela da doutrina considera inconstitucionais essas características que fazem das agências reguladoras autarquias em regime especial. Para Eros Roberto Grau, “a suposição de que auxiliares menores do chefe do Poder Executivo, dirigentes de autarquias, não possam ser livremente nomeados e exonerados por ele é, mesmo em tese, incompatível com o regime presidencialista. Mais do que isso, o artigo 84, II, da Constituição do Brasil afirma ser da competência privativa do Presidente da República o exercício da direção superior da administração federal. Daí ser absurda a ideia de que os dirigentes de autarquias seriam titulares de direito a serem mantidos em seus cargos além de um mesmo período governamental, o que, na expressão de Celso Antônio, consubstanciaria uma fraude contra o próprio povo”. GRAU, Eros Roberto. “As agências, essas repartições públicas”. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 27 e 28. Também a impossibilidade de interposição de recurso hierárquico impróprio contra decisões finais da diretoria colegiada das autoridades reguladoras é objeto de controvérsia. De acordo com parcela da doutrina, em determinadas hipóteses deve-se admitir a possibilidade de recurso hierárquico impróprio, quando se estiver diante, por exemplo, de situação de flagrante usurpação de competência. Ver, nesse sentido, GUERRA, Sérgio. *Controle judicial de atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 251 e ss. A esse respeito é preciso mencionar a existência de parecer normativo exarado pelo Advogado Geral da União, referendado pelo Presidente da República (adquirindo, pois, força vinculante no âmbito da Administração Pública federal), no qual a AGU sustenta a possibilidade de recurso hierárquico impróprio não apenas em casos de usurpação de competência, mas também quando a agência reguladora desviar-se das políticas fixadas pelo Chefe do Poder Executivo – Parecer 051/06. Disponível em http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8453&ID_SITE=. Último acesso em setembro de 2011.

inclusive, como mecanismo saudável de limitação do poder do Presidente da República no âmbito da Constituição Federal.³³²

Não se pode perder de vista, ainda, que a teoria da regulação informa que as entidades reguladoras podem ser alvo de captura, de modo que as características que conformam as agências têm por finalidade dificultar que, no exercício de suas atribuições, percam a equidistância que devem manter entre (i) o poder político-governamental, (ii) os consumidores e usuários dos produtos e serviços regulados, e (iii) o poder econômico. Sobre esse último, cumpre mencionar que, sempre que se esteja em mercados abertos à livre iniciativa, deve-se cuidar para que as empresas estatais não sejam beneficiadas em comparação à iniciativa privada, pois tanto é vedado pela Constituição Federal nos §§1º e 2º do art. 173.³³³ Essa consideração reforça a relevância das entidades reguladoras independentes, que em tese possuem uma estrutura mais adequada para separar a figura do Estado-empresário daquelas do Estado-outorgante (poder concedente/permitente/autorizante) e do Estado-regulador, ainda que a complexidade dessa tripla função traga questões não triviais às suas funções.

4.2 Regulação e concorrência no processo de desestatização

O fortalecimento do papel do CADE e o surgimento das agências reguladoras ocorreram paralelamente à execução do Programa Nacional de Desestatização (PND), que teve por objeto tanto a alienação definitiva de estatais que executavam atividades

³³² “A ideia de que o poder sobre as tomadas de decisões administrativas deriva do papel do Presidente como chefe do Poder Executivo ou é inerente ao conceito de ‘Poder Executivo’ é, ademais, inconsistente com uma Constituição escrita que estabelece um governo dividido e limitado”. ROSENBERG, Morton. *Beyond the Limits of Executive Power: Presidential Control of Agency Rulemaking under Executive Order 12.291*. *Michigan Law Review*, Vol. 80, No. 2 (Dec., 1981), p. 197. Nesse mesmo sentido decidiu a Suprema Corte norte-americana em *Humphrey's Executor v. United States*, ocasião em que o Poder Judiciário reformou ato do Presidente da República que havia exonerado imotivadamente dirigente da *Federal Trade Commission*, contrariando lei federal que somente admitia a sua exoneração em caso de ineficiência, negligência no cumprimento de suas atribuições ou ato doloso.

³³³ Por outro lado, no caso das estatais prestadoras de serviços públicos em regime de exclusividade, merece ser lembrado que o Supremo Tribunal Federal de há muito as equipara às autarquias para diversos efeitos, sob a justificativa de que exercem função típica de Estado e, por não estarem em concorrência com outros agentes, podem gozar de prerrogativas típicas das pessoas que compõem a Fazenda Pública, tais como imunidade tributária recíproca, impenhorabilidade de bens e renda, pagamento de dívidas por meio de precatórios, etc. Ver, por todas, a decisão proferida no Recurso Extraordinário 229.696, j. em 16.11.2000.

econômicas em sentido estrito e não foram consideradas incluídas no *caput* do art. 173 da Constituição Federal, quanto, especialmente a partir de 1995, a decisão de se promover um amplo programa de delegação da exploração de serviços públicos e de atividades econômicas monopolizadas à iniciativa privada.³³⁴

O PND foi instituído pela Lei 8031, de 12.04.1990, decorrente da conversão da medida provisória 155/90.³³⁵ Seus principais objetivos referiam-se ao reposicionamento do papel do Estado na economia, com sua retirada de atividades não estratégicas; redução da dívida pública; retomada dos investimentos nas estatais transferidas ao setor privado; modernização do parque industrial; concentração dos recursos estatais em áreas estratégicas; fortalecimento do mercado de capitais.³³⁶

Uma das críticas frequentemente observadas com relação ao programa de privatização brasileiro é que este teria falhado em promover uma maior democratização no acesso ao mercado de capitais, uma vez que a maioria das sociedades estatais foi alienada através de leilões do bloco de controle.³³⁷ Por outro lado, justifica-se que essa alienação em

³³⁴ A reforma da Administração Pública federal, o PND e a criação das agências reguladoras inspiraram a maior parte dos Estados-membros a promoverem programas estaduais de desestatização e, igualmente, criarem agências reguladoras estaduais.

³³⁵ A Lei 8031/90 foi revogada pela Lei 9491/97.

³³⁶ Lei 8.031/90. “Art. 1º É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais: I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público; III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia; V - permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa”. Mario Henrique Simonsen sintetiza os objetivos do processo de privatização da seguinte forma: “a) escapar ao impasse das contas públicas; b) separar as tarefas do Estado das da iniciativa privada; c) aumentar a eficiência da produção e investimentos; d) atrair capitais estrangeiros a longo prazo”. SIMONSEN, Mario Henrique. Por que privatizar é urgente. In SARMENTO, Carlos Eduardo; WERLANG, Sergio Ribeiro da Costa; ALBERTI, Verena (orgs.). *Mario Henrique Simonsen – textos escolhidos*. Rio de Janeiro: FGV, 2002, p. 399.

³³⁷ José Eduardo de Faria comenta que a ausência de uma desconcentração do poder decisório das empresas privadas traz preocupações de natureza concorrencial: “Na dinâmica dos processos de liberalização e desregulamentação conduzidas pelo Estado e justificadas sob o argumento de que a iniciativa privada é mais eficiente do que as autarquias governamentais e as empresas sob controle estatal, quando um monopólio público é revogado e submetido à privatização a estrutura do setor em que está continua tendo fortes elementos anticompetitivos. O mercado foi liberalizado e a oferta foi privatizada, é certo. Mas se o desequilíbrio de forças entre ofertantes e demandantes dos serviços privatizados não foi neutralizado desde o início, a desregulamentação acaba levando as rendas do monopólio a serem transferidas das mãos públicas para mãos privadas. Os serviços podem até melhorar, mas continuam sendo monopolizados – e os ganhos de produtividade, em vez de serem repassados à sociedade sob a forma de redução de taxas e tarifas, são

bloco era necessária para se obter a maior extração de renda possível com o processo, uma vez que o objetivo primeiro da privatização, inclusive legislativamente consagrado, era o saneamento das contas públicas e o abatimento da dívida interna.³³⁸

Nesse contexto, a delimitação do poder econômico não parece ter sido uma prioridade, embora, desde 1994, o Decreto 1204/94 determinasse que, após a liquidação financeira de operações de privatização, o vencedor da licitação deveria prestar as informações pertinentes à SDE.³³⁹ Há, ainda, notícia de que o CADE participou de reuniões do grupo governamental responsável pela implantação do PND.³⁴⁰

Com relação aos serviços públicos, o processo de reforma do Estado da década de 90 trouxe vida nova ao instituto da concessão.³⁴¹

apropriados pelos novos prestadores”. FARIA, José Eduardo. Democracia sem política? Estado e mercado na globalização econômica. In CAMPILONGO, Celso. *A democracia global em construção*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 104.

³³⁸ Nesse sentido, além do art. 1º, II, deve ser mencionado o art. 15 da Lei 8.031/90: “Art. 15. O titular dos recursos oriundos da venda de ações ou de bens deverá utilizá-los na quitação de suas dívidas junto ao setor público. Parágrafo único. Observados os privilégios legais, terão preferência, para efeito de pagamento, as dívidas, vencidas ou vincendas, garantidas pelo Tesouro Nacional, e aquelas cujo credor seja a União, direta ou indiretamente”.

³³⁹ Decreto 1204/94: “Os adquirentes de ações representativas do controle acionário da empresa privatizada obrigar-se-ão a fazer com que a sociedade privatizada preste a Secretaria de Direito Econômico (SDE), após a liquidação financeira da operação de compra, as informações que possibilitem aferir a aplicabilidade do disposto na Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994”. Este Decreto foi revogado pelo Decreto 2594/98, que possui redação semelhante.

³⁴⁰ O ex-Conselheiro Ruy Coutinho, nesse sentido, relatou que “dos [casos] provenientes do processo de privatização, todos tinham relevância, pela sua própria natureza. Entre esses, o caso da Usiminas. Em 1993, depois de desestatizada, ela adquiriu a Cosipa num leilão de privatização, e daí resultou uma concentração muito alta, o que causou grande celeuma. Diante desse problema, o Alexis Stepanenko, então ministro do Planejamento, me procurou para dizer que aquele assunto estava desgastando muito o governo, etc. Dessa conversa surgiu, então, a ideia de o CADE participar das reuniões da Comissão Diretora do Programa Nacional de Desestatização, para fazer um acompanhamento preventivo dos processos de privatização, evitando, assim, que se repetissem casos como o Usiminas-Cosipa. A partir dessa época, o CADE passou a não ter voto, mas presença na Comissão de Desestatização. Essas reuniões se davam no Rio de Janeiro, na sede do BNDES, a cada quinze dias. A partir daí, os editais de privatização passaram a conter mecanismos de preservação da concorrência”. DUTRA, Pedro. *Conversando com o CADE*. São Paulo: Singular, 2009, p. 33. No entanto, ao se analisar os relatórios anuais das atividades do CADE publicados entre 1996 e 2002, não se encontra um esforço de sistematização da atuação do Conselho com relação aos processos de privatização / desestatização, o que pode ser um indicador de que, dentre as várias pautas que permearam o Conselho nos primeiros anos após a promulgação da Lei 8.884/94, esta talvez não tenha sido uma agenda prioritária. Outra possibilidade é que o CADE tenha participado dessas discussões no âmbito dos vários convênios firmados ao longo do tempo com outros órgãos e entidades da Administração, ou, ainda, que tenha apenas faltado uma descrição mais detalhada dessa atuação nos relatórios de gestão divulgados pela autarquia.

³⁴¹ Não é objeto deste trabalho o detalhamento das características das concessões de serviços públicos no direito brasileiro. Para esse fim, ver, dentre outros, ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006; JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997; SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Direito administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

A teoria econômica, no entanto, aponta diversas dificuldades atreladas à utilização desse instituto, tais como a incompletude inerente aos contratos complexos e de longa duração, bem como o risco de *hold up*, decorrente da posição privilegiada detida pelo concessionário após a assinatura do contrato de concessão.³⁴² Nos países em desenvolvimento, a complexidade da regulação dos contratos de concessão é ampliada pela necessidade de conciliação, muitas vezes difícil, entre os objetivos econômicos e sociais que se pretende atingir por seu intermédio.³⁴³

De todo modo, fato é que não se deve confundir o processo de desestatização com um eventual processo de desregulação, entendido este último como um movimento de retirada do Estado da definição de elementos-chave para o funcionamento dos mercados, como preços, condições de acesso e qualidade dos serviços, por uma crença de que a dinâmica concorrencial do mercado, por si só, cuidará melhor de proteger o consumidor.³⁴⁴

No que tange a serviços públicos e atividades privadas monopolizadas, o que se observou no cenário brasileiro foi um movimento de substituição do exercício de elevada parcela dessas atividades da iniciativa pública pela privada, o qual veio acompanhado de um rígido processo de regulação técnica e econômica por parte das autoridades reguladoras setoriais. Houve, como visto, uma preocupação em se separar as políticas de Estado, traduzidas em leis, normas regulatórias e contratos de longo prazo, das políticas de governo, com ciclos de maturação mais curtos, ligados aos processos eleitorais que ocorrem a cada quatro anos. A finalidade última era criar um cenário de maior segurança

³⁴² “Não raro as concessões são utilizadas em países em desenvolvimento para investimentos em *public utilities* e são tendentes a problemas de ‘*hold up*’. Tipicamente o contrato de concessão envolverá investimentos em ativos de longa duração. Quanto mais longo o período da concessão menos possível será, para cada uma das partes, desde o início, antecipar e fazer constar do contrato de concessão todos os eventos futuros que possam impactar em custos e na renda. Os riscos incluem riscos de *design* e construção, riscos relacionados aos custos operacionais, riscos de receita, riscos financeiros (inclusive cambiais, como, por exemplo, quando o endividamento é predominantemente em dólar), e risco ambiental. Quanto mais longo o período mais provavelmente desentendimentos contratuais ocorrerão entre o concessionário e o regulador ou o governo”. PARKER, David; KIRKPATRICK, Colin. *Economic regulation in developing countries: a framework for critical analysis*. In: COOK, Paul *et al* (ed.). *Leading issues in competition, regulation and development*. Cheltenham : Edward Elgar Publishing Limited, 2004, pp. 101/102.

³⁴³ “A regulação em países em desenvolvimento costuma não estar preocupada apenas com a busca de eficiência econômica, mas também com objetivos mais amplos de bem-estar, com o fim de promover sustentabilidade econômica e redução de pobreza. Isso é significativo porque sugere que economias em desenvolvimento podem enfrentar uma maior dicotomia entre promover objetivos econômicos e sociais do que países desenvolvidos.” PARKER, David; KIRKPATRICK, Colin. *Economic regulation in developing countries: a framework for critical analysis*, p. 104.

³⁴⁴ Nesse sentido, HAYEK, Friedrich. *The use of knowledge in society*. In: *Individualism and economic order*. London: Routledge & Kegan Paul Ltd., 1949.

aos agentes privados, dada a necessidade de se buscar novos investidores para os setores de infraestrutura.³⁴⁵

Tanto não houve desregulação na maioria dos casos que, para esses setores da economia titulados pelo poder público, o planejamento estatal segue podendo ser impositivo (art. 174 CF/88)³⁴⁶, e o Estado segue autorizado a exigir, das concessionárias de serviços públicos, metas de universalização; a utilizar a prática de subsídio cruzado; e, ainda, técnicas de política tarifária no controle dos preços.

O tema da defesa da concorrência nos setores de infraestrutura é tributário dessa história relativamente recente. Enquanto os grandes setores de infraestrutura foram planejados pelo Estado e estruturados verticalmente por meio de empresas estatais monopolizadoras dessas atividades, a concorrência não era, logicamente, um tema na pauta. Essa realidade somente se modifica com a transferência da execução de parcelas dessas atividades à iniciativa privada e o reconhecimento de que nem todos os segmentos dessas indústrias necessitam ser explorados por um único prestador.

Além disso, no caso dos serviços públicos e das atividades monopolizadas, cabe ao Estado definir como será o desenho do mercado, ou seja, quantas outorgas habilitadoras da prestação do serviço ou execução da atividade, pela iniciativa privada, serão admitidas.³⁴⁷ Diferem esses setores da economia, assim, sensivelmente dos demais, que operam sob o primado da livre iniciativa.

Durante a década de 90, o debate acerca do papel do CADE face aos processos de desestatização foi sendo traçado à medida que as privatizações se efetivavam.

O fato de que o CADE cobrou a notificação de operações de concentração decorrentes de processos de privatização causou estranheza à parte da doutrina, que viu nessa posição uma ingerência indevida da entidade concorrencial sobre decisões políticas típicas dos órgãos da Administração direta (em especial, do Chefe do Poder Executivo).³⁴⁸

³⁴⁵ Para uma análise do processo de reforma do Estado, em âmbito federal, especialmente a partir de 1995 com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, do qual será parte a criação das agências reguladoras em sede federal, ver BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Desenvolvimento e crise no Brasil: história, economia e política de Getúlio Vargas a Lula*. 5ª ed. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 324/331.

³⁴⁶ Constituição Federal. “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

³⁴⁷ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico*, p. 245.

³⁴⁸ Nesse sentido, por exemplo, manifestou-se Marcos Juruena Villela Souto: “pode se afirmar que o juízo técnico do CADE não pode se sobrepor ao juízo político das autoridades legitimadas para o atendimento do

Agentes econômicos foram multados por intempestividade, por terem deixado de submeter à apreciação do Conselho a celebração de contratos que decorreram de processos de desestatização.³⁴⁹

Como justificativa para sua atuação, os votos do CADE mencionam a inexistência de setores insensíveis ao controle concorrencial e a complementaridade de competências entre entidades reguladoras e de defesa da concorrência. No mérito, destacam que a passagem de atividades historicamente exercidas em regime de monopólio ou exclusividade estatal do poder público à iniciativa privada não costuma ser neutra do ponto de vista concorrencial³⁵⁰, o que pode ser exemplificado pelas relações verticais e mesmo conglomeradas potencialmente advindas dessas operações de concentração.

interesse público, que têm, em seus atos, uma presunção de legalidade e legitimidade. A política econômica pode ser objeto de leis específicas, que estabeleçam a atuação de outros órgãos encarregados da regulação de um setor específico, órgão regulador, federal, estadual ou municipal. Podem, assim, continuar a existir monopólios, se assim for julgado conveniente dentro de cada esfera política de decisão, não se caracterizando esta como um abuso de poder econômico”. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003, pp. 277/278.

³⁴⁹ Veja-se, a título ilustrativo: “Ato de Concentração. Aquisição da Companhia Elétrica de Borborema pela PBPart Ltda. em leilão público de privatização em 30 de novembro de 1999, no qual a PBPart foi consagrada vencedora. Mercado relevante do produto: distribuição de energia elétrica e comercialização de energia elétrica para consumidores cativos. Mercado relevante geográfico: área determinada pelo contrato de concessão - municípios de Boa Vista, Campina Grande, Fagundes, Lagoa Seca, Massaranduba e Queimadas, no Estado da Paraíba. Inexistência de concentração horizontal. Operação conhecida em função da participação de mercado. Monopólio Natural. Operação apresentada em atendimento à determinação do Conselho quando do julgamento da operação entre a Empresa Energética de Sergipe - Energipe e a Cat-Leo Distribuidora Ltda. Apresentação intempestiva. Aprovação sem restrições” (AC 08012.005351/2000-98, j. em 16.05.2001, Relator Conselheiro Celso Fernandes Campilongo).

³⁵⁰ Nesse sentido, ao julgar um ato de concentração decorrente do processo de desestatização da telefonia móvel, a Conselheira Lucia Helena Salgado alertou que, “embora [no caso concreto] não tenha ocorrido modificação do grau de concentração no mercado relevante de serviço móvel celular, a transferência de controle acionário do âmbito estatal para o privado nunca é neutra do ponto de vista concorrencial, ainda mais tratando-se da passagem de monopólio público para monopólio privado. Porém, o modelo de regulação desenhado – permissão da operação de dois concorrentes nas áreas de concessão outorgadas (Banda A e Banda B) e regulação por preços máximos definidos pelo governo para um conjunto mínimo de serviços (Plano Básico) – tem demonstrado, até o momento, ser benéfico ao processo de concorrência do setor e deve constituir um instrumento eficaz para a prevenção de eventuais condutas abusivas” (Ato de concentração 53500.002189/98, j. em 10.02.1999).

4.3 Desestatização, desverticalização, infraestrutura essencial e concorrência³⁵¹

Dentre as linhas mestras do programa de desestatização do Estado brasileiro esteve a desverticalização dos setores de infraestrutura para a introdução de concorrência.³⁵²

No entanto, nem todos os setores econômicos se prestam a ser disciplinados sob a ótica concorrencial. Como visto, quando existem custos fixos afundados muito elevados e retornos crescentes de escala, o mercado caracteriza-se como monopólio natural, o que torna a concorrência inviável ou, ao menos, economicamente ineficiente.

Além de possibilitar a recuperação dos investimentos em ativos fixos, outro efeito positivo comumente associado ao impedimento da duplicação de infraestrutura essencial consiste nas externalidades de rede, as quais correspondem ao aumento da valoração atribuída a uma determinada tecnologia, pelo seu usuário, à medida que mais pessoas utilizam essa mesma tecnologia.³⁵³

Em sendo o acesso a essa infraestrutura necessário à existência de concorrência nos mercados verticalmente relacionados, faz-se relevante garanti-lo àqueles que pretendam participar dos mercados competitivos observáveis ao longo da cadeia produtiva.³⁵⁴

³⁵¹ Este tópico retoma algumas questões já por nós anteriormente analisadas em SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*, 2009, capítulo X.

³⁵² “Normalmente, a privatização como venda de ativos do Estado vem acompanhada pela quebra de monopólio – liberalização –, a fim de que um monopólio público não se transforme em monopólio privado. Também chamada abertura à concorrência, a liberalização consiste em limitar o campo do monopólio”. DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 113.

³⁵³ “As externalidades de rede designam os efeitos que as escolhas de um indivíduo produzem no confronto de todos os participantes em uma rede de relações.” BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Milão: CEDAM, 2000, p. 220. Acerca dos efeitos das redes sobre o bem-estar do consumidor, esclarece Francesco Denozza: “Desde o ponto-de-vista dos custos de transação do consumidor, efeitos de rede podem criar uma situação como a do dilema do prisioneiro, na qual existe uma possibilidade de que consumidores utilizando um processo de tomada de decisão coletiva (i.e., decidindo juntos moverem-se para uma nova rede) possam alcançar uma decisão melhor do que a que poderiam obter através de uma adaptação autônoma”. DENOZZA, Francesco. *Refusal to deal and IPRs*, In: RAFFAELLI, Enrico Adriano. *Antitrust between EC Law and National Law*. Bruxelas: Établissements Émile Bruylant, 2003, p. 263.

³⁵⁴ No Brasil, existem também relevantes discussões jurídicas acerca do acesso a essas infraestruturas por parte de agentes econômicos que não sejam participantes da mesma cadeia produtiva, mas desejem utilizá-las como base para instalar a sua infraestrutura necessária à prestação de um serviço público ou atividade pública monopolizada. Há questionamentos, por exemplo, no que tange à existência de um direito a instalar e quanto à possibilidade de remuneração pelo uso das faixas de domínio de rodovias concedidas para passagem de gasodutos, redes de telecomunicações, postes de energia elétrica, bem como sobre o uso dos postes e torres de energia elétrica para instalação de infraestrutura de telecomunicações (a Lei Geral de Telecomunicações – Lei 9.472/97 – por exemplo, prevê esse compartilhamento nos arts. 72 e 73). Este tema foge ao objeto do presente trabalho, razão pela qual fazemos remissão a alguns dos diversos estudos publicados sobre o assunto, como AMARAL, Antônio Carlos Cintra. *Utilização de faixas de domínio, em rodovias concedidas, por outras concessionárias de serviço público*. *Interesse público*, n. 9, 2001, p. 97/109; BANDEIRA DE

Dessa forma, do reconhecimento de um setor como sendo um monopólio natural tem-se que o direito deverá disciplinar (i) a não duplicação dessas infraestruturas, de modo a não serem perdidas as economias de escala e escopo, desperdiçando recursos escassos; (ii) formas de viabilização do acesso a essa infraestrutura, de modo não discriminatório, o que será essencial para que possa existir concorrência nos mercados relacionados potencialmente competitivos; e (iii) limitações à precificação do serviço, para se evitar o exercício de poder de mercado típico dos monopólios não regulados.

A solução para a garantia de acesso pode ser de natureza estrutural (como a copropriedade da infraestrutura por todos os agentes interessados ou titularidade pública³⁵⁵) como comportamental, mediante a imposição, pela via normativa, do dever de o proprietário e/ou gestor da infraestrutura conceder o seu compartilhamento em bases isonômicas.³⁵⁶

MELLO, Celso Antônio. Utilização da faixa de domínio de rodovia mediante passagem subterrânea de cabos ou dutos – possibilidade de cobrança. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, Malheiros, v. 31, 2001, p. 90/96. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Uso de faixas de domínio e de bens públicos municipais para instalação de serviços concedidos. In _____. *Parcerias na Administração Pública*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 395 418 SUNDFELD, Carlos Ari. O compartilhamento de infraestrutura entre prestadoras de serviços públicos. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte, Fórum, ano 1, n. 8, outubro de 2001, p. 1022/1029. Entre os agentes econômicos dos setores de telecomunicações, energia elétrica e petróleo e gás, as respectivas agências reguladoras exararam a Resolução Conjunta ANELL/ANATEL/ANP 001/99, que aprova o “Regulamento conjunto para compartilhamento de infraestrutura entre os setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo”. As agências estabeleceram, ainda, um regime administrativo de solução de controvérsias que surjam acerca desses compartilhamentos na Resolução Conjunta 002/01. Maria Sylvia Zanella di Pietro sustentou que, no que tange à solução de conflitos, ambas as resoluções não têm amparo legal, de modo que as agências reguladoras teriam exorbitado de suas competências ao editar tais comandos normativos. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Compartilhamento de infraestrutura por concessionárias de serviços públicos. Preço justo e razoável. Solução administrativa de conflitos. In _____. *Parcerias na Administração Pública*, p. 442, item 6 Em sentido contrário, advogando a sua constitucionalidade, ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 480.

³⁵⁵ Nesse sentido, STIGLITZ, Joseph e WALSH, Carl. *Introdução à microeconomia*, p. 227, onde também os autores comentam as críticas atreladas à propriedade pública dos monopólios, tais como a possibilidade de se transformarem em “cabides de emprego” e demais usos político-partidários desses cargos; subsídios cruzados ineficientes, mantendo-se os valores cobrados pela prestação do serviço artificialmente baixos. Igualmente comentando as dificuldades atreladas à propriedade pública de monopólios naturais, Richard Posner aponta que “sob propriedade pública não há incentivo para assegurar operação eficiente; a disciplina do mercado de capitais é removida; não há a ameaça de compra [*corporate takeover*]”; existe um perigo de fato de influência política; e, acima de tudo, existiria o risco de que uma empresa pública fosse intolerante à concorrência, mesmo que mudanças na demanda tornassem a concorrência factível”. POSNER, Richard. *Natural monopoly and its regulation: a reply*, p. 544.

³⁵⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. Tratamento jurídico dos monopólios em setores regulados e não regulados. In _____. *Regulação e concorrência* (estudos e pareceres). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 42. Sobre as diferentes teses jurídicas relativas à natureza jurídica do compartilhamento de infraestrutura, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de; STRINGHINI, Adriano Candido; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Servidão administrativa e compartilhamento de infraestruturas: regulação e concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

A solução estrutural em regra apresenta diversas dificuldades, pois nem toda infraestrutura essencial pode ser ofertada ou administrada por mais de um agente; existem riscos relacionados a uma possível cartelização do mercado a jusante – dado que os agentes econômicos manterão contato frequente na gestão da infraestrutura; ou, ainda, poderão ser extremamente elevados os custos de transação associados à administração conjunta da infraestrutura essencial por agentes que competem em mercados verticalmente relacionados.³⁵⁷

Pelas dificuldades acima, o dever de compartilhamento por parte de um monopolista detentor da infraestrutura essencial costuma ser a solução comumente mais utilizada para se estabelecer concorrência nos mercados relacionados. A doutrina antitruste aponta que este acesso precisa ser amplo, em condições equitativas e a preço não discriminatório.³⁵⁸

Paralelamente às soluções regulatórias, cabe mencionar que a legislação antitruste costuma sancionar recusas abusivas de contratação que tenham potencial de limitar a concorrência. No direito brasileiro, esta conduta está prevista no art. 36, *caput* e §3º, XI, da Lei 12.529/2011; no direito americano, resulta de uma série de precedentes jurisprudenciais que culminaram na doutrina das *essential facilities*, cuja conformação final foi dada pelo julgamento *MCI vs. AT&T*.³⁵⁹

O caso trata da insurgência, pela MCI, contra as seguintes práticas que teriam sido utilizadas pela AT&T: (i) negativa injustificada de interconexão, pela AT&T, em algumas circunstâncias; (ii) nas hipóteses em que se chegava a um acordo viabilizador da interconexão, imposição de tarifas excessivas e discriminatórias; e (iii) atuação prejudicial do pessoal encarregado de proceder às referidas interconexões, através de atrasos, instalações defeituosas e manutenção deficiente.

³⁵⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Tratamento jurídico dos monopólios, p. 43, especialmente a nota 13.

³⁵⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. Tratamento jurídico dos monopólios, p. 44. Esse dever é igualmente reconhecido pela doutrina norte-americana, a qual observa que a recusa de acesso a infraestrutura essencial, ou a sua concessão em bases não-equitativas, pode configurar prática sancionável com fundamento na Seção 2 do Sherman Act. COTTER, Thomas. Intellectual property and the essential facilities doctrine. *The Antitrust Bulletin*, v. XLIV, nº 01, 1999, pp. 230 e 231. Ver, ainda, NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência* (compartilhamento de infraestruturas e redes). São Paulo: Dialética, 2006.

³⁵⁹ Para o histórico dos casos julgados pelo Poder Judiciário norte-americano que, implícita ou explicitamente trataram da teoria das *essential facilities* ver SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*, item 10.3.

Nessa ocasião, a Corte do Sétimo Circuito decidiu que (i) a AT&T detinha monopólio sobre as redes; (ii) a interconexão pleiteada pela MCI mostrava-se essencial à prestação dos serviços para os quais detinha autorização, sendo que não havia razão técnica ou empresarial legítima, por parte da AT&T, para tal negativa; e (iii) a AT&T era detentora de uma *essential facility*, pois não se mostrava viável a duplicação da infraestrutura, de forma que ela tinha o dever de permitir sua utilização por concorrentes no mercado secundário, em condições não discriminatórias.

Este caso se apresenta paradigmático por terem sido expostos os elementos caracterizadores da doutrina das *essential facilities*, quais sejam:

- controle de uma infraestrutura essencial por parte de um monopolista;
- impossibilidade de os concorrentes duplicarem a infraestrutura³⁶⁰;
- negativa, pelo incumbente, de permitir o uso da infraestrutura pelo concorrente³⁶¹; e
- viabilidade de tal compartilhamento (i.e., a inexistência de causas legítimas que o impeçam).

Essa doutrina também é adotada na perspectiva do direito comunitário europeu. Em *Sealink c/ B&I*, a Comissão Europeia definiu infraestrutura essencial como aquela à qual o acesso é necessário para a existência de concorrência, que não seja intercambiável e para a qual, dados os elevados custos, não haja alternativas viáveis para os concorrentes em potencial que ficariam, não fosse a exigência de compartilhamento, excluídos do mercado.³⁶²

³⁶⁰ No que tange ao segundo item – duplicação a infraestrutura – Francisco Rojas identifica três razões para essa inviabilidade: (i) os casos de monopólio natural; (ii) a presença de bens, recursos e instalações cuja construção seja monopolizada ou limitada por lei; e (iii) bens que tenham sido construídos a partir de financiamento público (subsídio), e não apenas por decisão ou risco empresarial. ROJAS, Francisco José Villar. *Las instalaciones esenciales para la competencia: un estudio de derecho público económico*. Granada: Editorial Comares, 2004.p. 35.

³⁶¹ No que se refere à negativa de compartilhamento, observa Rojas que condutas como a dilação injustificada de negociações e a proposta de preços e condições irrazoáveis deverão ser equiparadas à recusa. ROJAS, Francisco José Villar. *Las instalaciones esenciales para la competencia*, p. 36.

³⁶² BERTRAND DU MARAIS. *Droit public de la régulation économique*. Paris: Presses de Science Po/Dalloz, 2004, p. 162.

Costuma-se elencar como exemplos de *essential facilities*, dentre outros, portos, aeroportos, redes de telefonia detidas pela incumbente, os cabos e as redes (de transmissão e distribuição) de energia elétrica.³⁶³

Como se observou anteriormente, a partir da discussão quanto à vocação das autoridades regulatória e concorrencial, a disciplina do acesso a infraestruturas essenciais geralmente deve ser ordenada normativamente, o que faz com que a sua tutela unicamente pelas normas de defesa da concorrência costume mostrar-se insuficiente. A ação da autoridade concorrencial tende a ser repressiva e pontual, ao passo que a normatização de direitos e deveres de concessão de acesso, pela agência setorial, costuma ser prospectiva e de caráter geral.³⁶⁴ Nesse sentido, a Suprema Corte estadunidense decidiu que nas situações em que exista uma estrutura regulatória com o objetivo de disciplinar questões relativas a acesso, “o benefício adicional à concorrência fornecido pela aplicação das normas antitruste tenderá a ser reduzido”, sendo que “a regulação reduz significativamente a probabilidade de maiores danos à concorrência”.³⁶⁵

³⁶³ A lista exemplificativa foi extraída de McNUTT, Patrick. *Law, economics and antitrust towards a new perspective*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2005, p. 140.

³⁶⁴ Da perspectiva do setor elétrico, La Casta observa que “com relação às atividades de rede ou monopólio natural, a concorrência se introduz por meio da garantia do uso não exclusivo das redes pelos seus proprietários, mediante o reconhecimento legal de que o direito de acesso de terceiros à rede e a correlata obrigação para os proprietários de permitir o seu uso em troca da cobrança de um pedágio administrativamente fixado, reconhecendo, assim, a normativa, uma obrigação que, caso não o fizesse, ainda deveria resultar da aplicação da doutrina ‘antitruste’ das instalações essenciais”. LA CASTA, Eduardo Salinas. El mercado de la energía: visión desde el regulador sectorial. In TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA (coord.). *Crisis económica y política de la competencia*: III Jornadas Nacionales de Defensa de la Competencia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 107. De todo modo, faz-se relevante mencionar que, “tal como em qualquer investigação de abuso de posição dominante, faz-se necessário definir o mercado relevante nos casos envolvendo *essential facilities*. Particularmente, o mercado *downstream* inevitavelmente influenciará a definição de uma infraestrutura essencial no mercado *upstream*”. Além disso, é preciso considerar que as infraestruturas essenciais podem não ser apenas físicas, mas envolver redes de inteligência: “por exemplo, pode ser ilegal recusar acesso a um sistema de reserva online de voos ou a um sistema de transferência internacional de crédito; e a mesma lógica poderia ser aplicável a recusas de acesso à rede postal”. McNUTT, Patrick. *Law, economics and antitrust towards a new perspective*, pp. 139/140.

³⁶⁵ Voto do Juiz Scalia em *Verizon Communications Inc., v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, j. em 13.01.2004. Nessa ação, a Verizon foi acusada de diversas práticas discriminatórias no mercado de telefonia, em prejuízo de seus concorrentes. Ao decidir pela improcedência da demanda, o Juiz Scalia conclui: “A Lei de 1996 é, em um importante sentido, mais ambiciosa do que as normas antitruste. Ela tem por objetivo ‘eliminar os monopólios detidos pelas herdeiras das franquias locais da AT&T’. A Seção 2 do Sherman Act, ao contrário, pretende meramente prevenir monopolizações ilegais. Seria um grave equívoco conflitar ambos os objetivos. O *Sherman Act* é de fato ‘a Carta Magna da livre empresa’, mas ele não confere aos juízes carta branca para insistir em que um monopolista altere sua forma de fazer negócios porque outras formas de aproximação podem trazer mais concorrência. Concluímos que a reclamação dos apelados não sustenta uma reclamação à luz do *Sherman Act*”. Para uma crítica à decisão *Trinko*, baseada na restrição vertical e no risco de alavancagem decorrente do monopólio simultaneamente detido por Verizon tanto da infraestrutura essencial quanto da prestação dos serviços, veja-se o entendimento de Nicholas Economides. Após observar

Em opinião consistente com o acima exposto, García-Morato e Ortiz sustentam, da perspectiva europeia, que, quando a exigência do acesso for ocasional, eventuais recusas deverão ser analisadas pela autoridade de defesa da concorrência, sob as lentes da legislação antitruste. Por outro lado, quando a necessidade de acesso é permanente, o que ocorre, por exemplo, quando o funcionamento do mercado em rede traduz problemas de monopólio natural, a sua normatização por meio de regras regulatórias tende a ser mais exitosa.³⁶⁶

Apesar das dificuldades relacionadas ao acesso à infraestrutura essencial, é preciso ressaltar que, tanto no Brasil como no exterior, inspirou os movimentos de desestatização uma forte determinação de desverticalização das indústrias de rede para introdução de concorrência nos segmentos potencialmente competitivos. Esses foram objeto de liberalização e hoje são compreendidos como atividades privadas regulamentadas, fora do poder de direção estatal – porém, sujeitos, logicamente, ao poder de polícia e função ordenadora da Administração –, estando submetidos ao princípio da livre concorrência (sem prejuízo da competência reguladora pelas agências, que segue sendo exercida especialmente em função de questões de natureza técnica).³⁶⁷

De acordo com Josefina Cortés Campos, a partir de uma análise do setor elétrico mexicano, o regulador de uma indústria de rede deve se preocupar em distinguir os segmentos monopolizados daqueles potencialmente competitivos, deixando que esses últimos se guiem por quatro princípios: (i) liberdade de entrada, (ii) garantia de livre acesso às redes e infraestruturas, (iii) liberdade de contratação e formação competitiva de preços, e (iv) liberdade de investimento, entendida como a conferência, ao agente

ser Verizon “monopolista nos mercados de infraestrutura de rede e de serviços de rede”, observa: “a relutância em ofertar *leases* acima do preço de custo médio constitui uma clara indicação de que o monopolista no mercado de infraestrutura de rede está tentando, através dessa ação, impedir a entrada no mercado de serviços de rede, o qual requer acesso ao mercado de infra-estrutura de rede”. ECONOMIDES, Nicholas. Hit and miss: leverage, sacrifice, and refusal to deal in the Supreme Court Decision in *Trinko*. New York University, Stern School of Business: NTE Institute, working paper 05-32, dezembro de 2005. Disponível em <http://www.netinst.org>, acesso em 09.01.2006, p. 24. Adiante, o autor conclui: “A Corte deveria ter decidido que a recusa, por parte da Verizon, em vender a preços superiores ao custo médio (ou incrementar os custos dos rivais resultando em vendas menores) era anticompetitiva”. (p. 25).

³⁶⁶ GARCÍA-MORATO, Lucía Lopez e ORTIZ, Gaspar Ariño. *La competencia en sectores regulados*, p. 338.

³⁶⁷ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico*, p. 623.

econômico, de plena liberdade para desenhar o seu projeto ou negócio, bem como para tomar riscos e enfrentar perdas, sem limitação do regulador.³⁶⁸

Já com relação aos setores não competitivos, faz-se necessário cuidar (i) da garantia de acesso à rede e (ii) do reconhecimento de algumas atividades como sendo serviços públicos universais, denominação essa que traz subjacente um *standard* mínimo de serviços a que todos os cidadãos devem ter direito.³⁶⁹ Deve-se adicionar a esses fatores uma preocupação com a transparência na difusão de informações, para o que pode ser importante garantir a separação contábil ou jurídica entre o titular da infraestrutura e o prestador de serviços dependentes do acesso a essa infraestrutura, inclusive como forma de se evitar a prática de subsídios cruzados.³⁷⁰

4.4 Existem setores imunes à aplicação da lei concorrencial no direito brasileiro?

Neste tópico passamos a discutir como o ordenamento jurídico brasileiro tratou a questão da divisão de competências entre autoridades reguladoras e concorrenciais, no que diz respeito aos setores de infraestrutura e, em seguida, analisamos a jurisprudência do CADE sobre a matéria.

Para esse fim, é relevante ter por pressuposto que as atividades econômicas, no ordenamento jurídico brasileiro, podem classificar-se em (i) atividades econômicas em sentido estrito, (ii) serviços públicos ou (iii) monopólios estatais. Nossa análise da jurisprudência do CADE restringir-se-á àquelas atividades classificadas nas duas últimas divisões, pois que geralmente os setores de infraestrutura que apresentam a falha de monopólio natural costumam estar ali enquadrados, sendo atividades nas quais o poder

³⁶⁸ CAMPOS, Josefina Cortés. *Derecho administrativo y sector eléctrico: elementos de regulación*. México: Porrúa, 2007, p. 183. Gaspar Ariño Ortiz alerta que “se deve ser cauteloso na identificação de ‘instalações essenciais’: o estabelecimento de um regime regulado em uma atividade que é potencialmente competitiva pode coibir a inovação e impedir que essa atividade se converta em efetivamente competitiva”. ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico*, p. 623.

³⁶⁹ *Derecho administrativo y sector eléctrico*, p. 183.

³⁷⁰ FRAQUELLI, Giovanni, I servizi idrici. In GRASSINI, Franco et al. *La concorrenza nei servizi di pubblica utilità*. Roma: Il Mulino, 1998, p. 142.

conferido pela Constituição ao Estado para discipliná-las é bem mais amplo, já que se encontram fora do regime de livre iniciativa.³⁷¹

Como regra geral, no Brasil, a relação entre as competências das autoridades reguladoras e concorrenciais é de complementaridade, ou seja, nem se sobrepõem, nem se excluem.³⁷² Sendo assim, o fato de uma atividade ser considerada serviço público ou ser

³⁷¹ Como esclarece Alexandre Aragão, “a regulação, sob quaisquer dessas formas, possui três principais searas: (a) a regulação dos monopólios, quando a competição é restrita ou inviável, evitando que eles lesem a economia popular, controlando os preços e a qualidade dos serviços ou produtos; (b) regulação para a competição, como forma de assegurar a livre concorrência no setor privado e, no caso de atividades econômicas sensíveis ao interesse público, o seu direcionamento na senda deste; e (c) regulação dos serviços públicos, assegurando a sua universalização, qualidade e preço justo”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Regulação da economia: conceito e características contemporâneas*, p. 35. Tratando especificamente dos serviços públicos, Eduardo Ferreira Jordão lembra que “o argumento da limitação concorrencial não tem relevância para a verificação da constitucionalidade da lei que estabelece o marco regulatório de um serviço público. Afinal, se é a própria Constituição quem permite ao poder público até mesmo a sua prestação monopolística, permitir a anulação de sua regulação sob o argumento da sua anticompetitividade seria desrespeitar a opção do constituinte”. *Restrições regulatórias à concorrência*, p. 49.

³⁷² Exemplificando esse sistema de freios e contrapesos em prol de uma melhor ordenação do setor de telecomunicações, veja-se texto do Conselheiro Olavo Chinaglia: “Há pelo menos dois casos, relativamente recentes, em que tal possibilidade foi verificada na prática. Trata-se das normas regulatórias atualmente vigentes no Brasil para a precificação da interconexão de redes fixas (a ‘tarifa de uso da rede local’ ou, simplesmente, TU-RL) e de linhas dedicadas para exploração industrial (EILDs). No primeiro caso, a mudança nos critérios de precificação da TU-RL foi resultado de investigações realizadas no âmbito dos Processos Administrativos de nºs 53500.001821/2002, 53500.001823/2002 e 53500.001824/2002, cujo escopo comum era apurar a ocorrência de subsídios cruzados e do chamado ‘*price squeeze*’, ou elevação dos custos dos rivais, por parte das concessionárias de telefonia local nas regiões I, II e III do Plano Geral de Outorgas. As representadas eram acusadas de operar com prejuízo o serviço telefônico fixo comutado de longa distância, em razão de que as receitas auferidas com a cobrança da tarifa telefônica seriam insuficientes para cobrir os custos com a tarifa de interconexão, sistematicamente mantida no patamar máximo permitido pela regulação setorial. Tal prejuízo, do ponto de vista dos grupos econômicos das concessionárias, seria mais do que compensado pelo aumento das receitas auferidas com o fornecimento de acesso às respectivas redes, diferentemente do que supostamente ocorria com os rivais. A despeito de não ter havido imposição de penalidades às representadas, a Anatel acabou reconhecendo que os critérios de precificação da TU-RL então vigentes poderiam ensejar condutas anticompetitivas de caráter predatório, de modo que, ao renovar os contratos de concessão, em 2006, estabeleceu que a tarifa de interconexão não poderia representar mais do que 60% da tarifa de público, nos dois primeiros anos de vigência do contrato, e mais do que 40%, no prazo restante. No caso das linhas dedicadas para exploração industrial (insumo para a prestação de serviços como o de transmissão de dados e de formação de intranets corporativas), a conduta imputada às concessionárias da rede local foi a de discriminação dos rivais na aquisição desses acessos. As concessionárias da rede local, verticalmente integradas com empresas que atuavam no mercado de transmissão de dados (alvo da prática), vendiam as EILDs para as empresas do seu grupo econômico a preços muito inferiores aos que eram cobrados dos demais concorrentes no mercado alvo. O CADE, no âmbito do processo administrativo n.º 08700.003174/2002-19, concedeu a medida preventiva determinando às representadas que praticassem, na comercialização de EILDs, os menores preços ofertados em licitações das quais participaram com seus concorrentes. Tal decisão fez com que a Anatel passasse a adotar providências semelhantes em vários outros processos, que culminaram, todos, com a celebração de compromissos de cessação da prática entre as concessionárias e as autoridades regulatória e antitruste. Posteriormente, ao verificar que certos critérios aparentemente objetivos para concessão de descontos (especificamente: quantidades adquiridas, prazo de contratação e valor total do contrato), autorizados nos compromissos de cessação, não eram neutros do ponto de vista da concorrência – pois acabavam por beneficiar, inevitavelmente, as empresas integrantes dos grupos econômicos das concessionárias – a Anatel editou um novo regulamento de EILD (anexo à Resolução n.º 402, de 27 de abril de 2005) que, além de ter estabelecido um modelo de custos incrementais de longo prazo para precificação do acesso padrão (arts. 15 a 17), vedou expressamente, no artigo 18, a adoção, por parte de

objeto de regulação setorial mais rígida não afasta, em princípio, a competência julgadora do CADE.

A atual lei de defesa da concorrência (Lei 8.884/94) não prevê mercados que sejam a ela imunes. Ao contrário, a ampla redação do artigo 15 determina sua aplicação inclusive às pessoas jurídicas sem fins lucrativos, às pessoas jurídicas de direito público³⁷³ e, inclusive, às que exercem atividades sob monopólio legal.³⁷⁴

Com base (i) na ausência de isenção explícita na Lei 8.884/94; (ii) na ampla redação do artigo 15 da Lei 8.884/94, que alude inclusive a pessoas jurídicas que exercem atividade monopolizada e não exclui sequer aqueles agentes constituídos pelo Estado sob a roupagem de pessoas de direito público; e (iii) no amparo constitucional da livre concorrência como princípio fundador da Ordem Econômica (art. 170, IV, CF/88), o CADE tem entendido ser competente para tutelar a concorrência em todo e qualquer setor econômico, sustentando que eventuais atribuições de competência regulatória em matéria

operadoras detentoras de posição dominante, de políticas de descontos baseadas em tais critérios. Como se observa, a convergência dos princípios que regem a atuação da Anatel e do CADE contribui decisivamente para a implantação das políticas públicas e dos objetivos do marco regulatório do setor de telecomunicações no Brasil.” CHINAGLIA, Olavo Zago. *Anatel x Cade: Convergência institucional*. In CADE Informa n. 19. Disponível em <http://www.cade.gov.br/news/n019/artigo.htm>. Acesso em 29.11.2009.

³⁷³ Lembrando que, em nosso entender, a menção a pessoas jurídicas de direito público refere-se especialmente àquelas que desempenham atividade econômica, como, por vezes, ocorre com determinadas autarquias. Não caberia invocar o art. 15 da Lei 8.884/94 para sancionar uma agência reguladora que tivesse aprovado um ato normativo alegadamente anticoncorrencial. O CADE não tem competência revisional sobre a atividade reguladora que as demais entidades da Administração exercem por expressa previsão legal. No mesmo sentido, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. Competências antitruste e regulações setoriais. *Revista do IBRAC*. São Paulo, IBRAC, v. 16, n. 1, 2009, p. 32.

³⁷⁴ No entanto, não se pode deixar de mencionar que parcela da doutrina sustenta existirem algumas isenções concorrenciais no ordenamento jurídico brasileiro. A situação mais rumorosa diz respeito aos atos de concentração no setor bancário, tendo em vista a competência genérica que a Lei 4.595/64 – Lei do Sistema Financeiro – atribui ao Banco Central na disciplina da concorrência no setor bancário, e o reconhecimento dessa imunidade pela Advocacia Geral da União por meio do parecer normativo GM- 20/01. O tema foi objeto de questionamento judicial, conforme adiante detalhado. Ver, sobre a controvérsia, CAMPILONGO, Celso Fernandes; VEIGA DA ROCHA, Jean Paul; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coords.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002. Paula Forgioni, por sua vez, sustenta haver imunidade concorrenciais na formação de cartéis de exportação, pois, nesses casos, faltaria interesse público para combatê-los bem como o elemento da territorialidade na produção potencial de efeitos, capaz de atrair a competência do CADE. “No Brasil, sem qualquer sombra de dúvidas, se houver uma efetiva aplicação da Lei Antitruste, os cartéis de exportação poderão ser autorizados com base no art. 54 da Lei 8.884/94”. FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*, p. 342. A doutrina sustenta, por vezes, a existência de isenções implícitas no ordenamento jurídico, argumentando haver normas que seriam específicas e derogatórias da incidência da lei de defesa da concorrência. Analisando a Lei Ferrari, por exemplo, Eros Roberto Grau e Paula Forgioni sustentam que a autorização para exigência de exclusividade da concessionária na venda de veículos novos de determinado fabricante (art. 3º, §1º, (...) b) constituiria uma verdadeira isenção em bloco, afastando, nesse caso, a incidência dos preceitos da Lei 8.884/94 que determinam a ilicitude de alguns acordos de exclusividade. GRAU, Eros Roberto e FORGIONI, Paula. Lei antitruste e leis que autorizam práticas restritivas da concorrência: a Lei Ferrari. In: _____. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

técnica e econômica a autoridades setoriais não ocorre em detrimento da sua própria competência, de matriz constitucional (ver, ainda, art. 173, §4º, CF/88). São, portanto, complementares.³⁷⁵⁻³⁷⁶

Conforme relatado por Gesner Oliveira, esse arranjo institucional de competências complementares possui as vantagens de reduzir o risco de captura e evitar a sobreposição de competências, já que, ao menos em tese, estão separadas, de um lado, a regulação técnica e econômica e, de outro, a regulação concorrencial.³⁷⁷

Nesse sentido, afirmou o Conselheiro Mercio Felsky ao julgar caso envolvendo concessão de serviços públicos, que “nenhum setor se exclui da apreciação do CADE em virtude de imunidade subjetiva de seu autor”.³⁷⁸ Ou seja, não é porque a parte no processo é estatal ou concessionária de serviço público, exercendo função delegada do poder público, que estaria excluída do poder fiscalizador do CADE.

Ocorre que, na prática, essa divisão de competências nem sempre está clara na legislação, de modo que, por vezes, podem surgir conflitos entre as autoridades reguladoras e as de defesa da concorrência.

³⁷⁵ A análise da jurisprudência permitirá observar, por outro lado, que existem algumas matérias, dentro dos setores regulados, que o CADE se considera incompetente para julgar. Veja-se, por exemplo, decisões relacionadas à estrutura tarifária. É preciso não confundir a competência para aplicar a legislação antitruste sobre determinado setor da economia com os limites materiais ao seu exercício, como o seriam as decisões políticas fundamentais tomadas pelos entes políticos na qualidade de poder concedente de serviços públicos ou atividades econômicas monopolizadas.

³⁷⁶ Em sentido contrário, sustentando a incompetência do CADE para disciplinar questões de concorrência nos serviços públicos, ver GARCIA, Flavio Amaral. Conflito de competência entre o CADE e as agências reguladoras que atuam no campo dos serviços públicos, pp. 238/240. Segundo o autor, nada impede que as agências reguladoras apliquem a Lei 8.884/94, pois o CADE não deteria o monopólio de aplicação dessa norma. O autor sustenta ainda que a Lei 8.884/94 constitui “lei geral, enquanto as demais leis que instituem as agências e regulam os aspectos concorrenciais envolvidos naquele segmento são leis especiais” (p. 242). E sintetiza seu entendimento: “do ponto de vista estritamente jurídico, não há espaço para atuação do CADE quando se trata de defesa da concorrência nos serviços públicos; a competência é das agências reguladoras que foram criadas, justamente, para estimular e proteger a concorrência naquele segmento, além de serem sensíveis a outros valores inerentes aos serviços públicos – até mesmo em detrimento dos aspectos concorrenciais – que devem ser ponderados para que seja atingidas as finalidades públicas” (p. 249). Conforme se explicitará adiante, esta não é a perspectiva adotada no presente trabalho.

³⁷⁷ OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*, p. 70. A partir da jurisprudência colacionada neste capítulo, procura-se verificar se, na prática, a atuação das autoridades reguladoras e concorrenciais cria uma situação de sopesamento e limitação recíproca de poderes, em uma espécie de sistema de *checks and balances*. William Page comenta a teoria dos freios e contrapesos aplicada às autoridades administrativas: “De fato, muito do direito administrativo moderno, após o declínio da doutrina da não delegação [do poder normativo], volta-se para criar na burocracia uma réplica do processo representativo, com muitos dos seus *checks and balances*. (...) Exigências de separação de funções entre órgãos são esforços de impor uma versão da [doutrina de] freios e contrapesos decorrente do processo legislativo”. PAGE, William. *Interest groups, antitrust, and State regulation*, p. 632

³⁷⁸ AC 08012.000035/00-68, j. em 14.03.2001.

A Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9472/97) é reconhecida como aquela que de forma mais precisa tratou da matéria. Em sede de concentrações, a norma esclarece, no § 2º do artigo 7º, que os atos de concentração “serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador”, deixando extrema de dúvidas que eventuais competências autorizativas da ANATEL não serão exercidas em detrimento daquelas que, em razão da Lei 8.884/94, pertencem ao CADE.

Em outros setores, porém, essa conclusão de complementaridade de competências necessita ser extraída da interpretação do ordenamento jurídico setorial.

Veja-se, a título ilustrativo, a lei de criação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei 9.427/96).

Esse diploma não trata explicitamente da questão, limitando-se a atribuir à agência reguladora a função de “zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica”, a teor do artigo 3º, X, da Lei 9.427/97.³⁷⁹ Nesse caso, foi a jurisprudência do CADE que construiu o entendimento de que essa atribuição de competência para promover a concorrência não era feita em detrimento da incidência da Lei 8.884/94 e, portanto, da competência judicante do CADE sobre o setor.

Analisando uma das situações que mais controvérsia gerou até o momento no direito brasileiro, qual seja, o conflito de competências entre o Banco Central do Brasil e o CADE em matéria de controle estrutural no setor bancário, Calixto Salomão Filho defendeu que o CADE deve analisar as fusões e aquisições ocorridas nesses mercados, pois, em que pese a Lei 4595/64 – Lei do Sistema Financeiro Nacional – prever expressamente a sua competência para autorizar previamente operações entre agentes econômicos do setor financeiro e o dever de o BACEN zelar pelas condições de concorrência entre os agentes econômicos, tal atribuição, nas quase quatro décadas de vigência da Lei 4595/64, nunca havia sido efetivamente exercida.

À vista desse passado, o autor sustentou que “competências – em matéria regulatória – não se definem, mas sim se constroem. Em face do imperativo constitucional

³⁷⁹ Esta lei estabelece ainda a competência da ANEEL para “estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si”. (art. 3º, VIII). A nosso ver, os critérios adotados pela ANEEL no exercício dessa competência não poderão ser desconsiderados, ou contrariados pelo CADE, quando da aplicação da Lei 8.884/94.

segundo o qual todo princípio constitucional não derroga os demais mas com eles convive, é imperioso a consideração do princípio concorrencial pelos órgãos ‘competentes’ em matéria bancária. A virtual desaplicação do princípio concorrencial pelo Banco Central requer, portanto, que o CADE exerça a sua, independentemente de qualquer discussão sobre a existência ou não de competência específica para atuação no setor financeiro”.³⁸⁰ No entanto, a matéria apresenta-se altamente controvertida, havendo balizada doutrina que sustenta haver isenção concorrencial no setor bancário, no que se refere a operações de concentração econômica, tese, inclusive, que logrou êxito no Superior Tribunal de Justiça.³⁸¹

Comentando o setor portuário, Eros Roberto Grau e Paula Forgioni afastaram a tese da complementaridade de competências, sustentando a existência de isenção antitruste em questões envolvendo concorrência no interior dos portos públicos, pois a Lei dos Portos (Lei 8630/93) teria atribuído essa matéria exclusivamente ao Conselho da Autoridade Portuária - CAP, por meio do artigo 30, VI, quando afirma competir-lhe “zelar pelo cumprimento das normas de defesa da concorrência”.³⁸²

A nosso ver, a competência para que o CAP zele pela observância das normas de concorrência e promova um ambiente competitivo no interior dos portos públicos é

³⁸⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; VEIGA DA ROCHA, Jean Paul Cabral; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 146/147.

³⁸¹ “ADMINISTRATIVO - ATO DE CONCENTRAÇÃO, AQUISIÇÃO OU FUSÃO DE INSTITUIÇÃO INTEGRANTE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - CONTROLE ESTATAL PELO BACEN OU PELO CADE - CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES - LEIS 4.594/64 E 8.884/94 – PARECER NORMATIVO GM-20 DA AGU. 1. Os atos de concentração, aquisição ou fusão de instituição relacionados ao Sistema Financeiro Nacional sempre foram de atribuição do BACEN, agência reguladora a quem compete normatizar e fiscalizar o sistema como um todo, nos termos da Lei 4.594/64.2. Ao CADE cabe fiscalizar as operações de concentração ou desconcentração, nos termos da Lei 8.884/94. 3. Em havendo conflito de atribuições, soluciona-se pelo princípio da especialidade. 4. O Parecer GM-20, da Advocacia-Geral da União, adota solução hermenêutica e tem caráter vinculante para a administração.5. Vinculação ao parecer, que se sobrepõe à Lei 8.884/94 (art. 50). 6. O Sistema Financeiro Nacional não pode subordinar-se a dois organismos regulatórios.7. Recurso especial provido.” REsp 1.094.218-DF, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 25.8.2010, DJU 12.04.2011, maioria.

³⁸² Analisando um processo administrativo em que se investigava a existência de ilícito anticoncorrencial decorrente da fixação de tarifa de movimentação de cargas no interior do Porto de Santos, os autores concluíram que “o ato do Secretário de Direito Econômico, instaurando Processo Administrativo para investigar a instituição de tarifa única (THC) pelos armadores do Porto de Santos é ilegal, extrapola os limites da competência da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça”; e que “o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE não tem competência para apreciar a matéria discutida no referido Inquérito Administrativo”. GRAU, Eros Roberto e FORGIONI, Paula. Lei antitruste e sistema portuário brasileiro: competência dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e do Conselho da Autoridade Portuária. In: _____. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 186. O processo administrativo a que se referia o parecer dos autores (08000.024150/1996-27) terminou arquivado por ter ocorrido prescrição intercorrente.

prevista na Lei 8.630/93 da mesma forma que outras legislações mencionam a atribuição das autoridades reguladoras para promover a concorrência nos setores de sua alçada (como, por exemplo, a já citada Lei 9.427/97, no que concerne à ANEEL), sem, contudo, derrogar a competência das autoridades de defesa da concorrência.

Essa previsão genérica da Lei dos Portos não tem o condão de transmutar o CAP em aplicador da Lei 8.884/94, em seus aspectos preventivo e repressivo, ou, ainda, de derrogar a incidência da Lei 8.884/94 sobre as atividades que se desenvolvem no interior dos portos organizados.

Em geral, os portos são reconhecidos como exemplos de infraestrutura essencial e de difícil duplicação. Essa característica, atrelada à distância entre um porto e outro e às limitações de corredores de logística de escoamento da produção de e para o porto, pode fazer com que não seja possível incluí-lo no mesmo mercado relevante geográfico em que se situa outro porto, emergindo a relevância de se tutelar a concorrência no interior de cada porto público. Especialmente no caso do Porto de Santos, existe jurisprudência do CADE reconhecendo que este porto e o seu entorno constituem um mercado relevante autônomo, de modo que, para os usuários desse porto, é bastante relevante que se promova a competição nas atividades econômicas desenvolvidas no seu interior, e se investiguem acusações de práticas anticompetitivas.³⁸³⁻³⁸⁴

O Superior Tribunal de Justiça também já reconheceu incidir a Lei 8.884/94 sobre o setor portuário, ao julgar ação civil pública em que os portos secos questionaram a cobrança de uma espécie tarifária, pelos terminais com acesso ao mar, por 15 dias de

³⁸³ O CADE já entendeu ter competência para apreciar condutas anticompetitivas envolvendo terminais situados em portos públicos, tendo condenado terminais alfandegados no interior do porto de Santos por abuso de posição dominante consistente na cobrança de preços aos terminais retroalfandegados para a movimentação de mercadorias (a THC2), o que foi compreendido como prática tendente a aumentar o custo dos rivais. Ver, a esse respeito, a decisão proferida no processo administrativo n. 08012.007443/1999-17, que considerou a área do Porto Organizado de Santos o mercado relevante geográfico para fins de análise antitruste: “Processo administrativo. Infração à ordem econômica. Abuso de posição dominante por parte dos terminais portuários de contêineres localizados na área de influência do porto de Santos, ao estabelecerem cobrança para liberação de contêineres (THC2 ou taxa para liberação de contêineres), em prejuízo dos recintos alfandegados independentes e dos consumidores. Ilicitude da cobrança frente às disposições da Lei n. 8.884/94 – condutas tipificadas. Inexistência de conflito entre a agência reguladora setorial (Agência Nacional de Transportes Aquaviário – ANTAQ) e o CADE. Determinação para a cessação de práticas, aplicação de multa e penalidades acessórias.”

³⁸⁴ Embora não tenha sido objeto da argumentação levantada, não deixa de ser relevante observar que a lei editada para criar a entidade reguladora do setor portuário – Lei 10.233/2001 (cerca de 08 anos após a promulgação da Lei 8.630/93) – expressamente ressaltou as atribuições do CADE face às competências da ANTAQ: “Art. 31. A Agência, ao tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme o caso”.

estadia das mercadorias, independentemente do seu tempo efetivo de permanência. Ao manter a decisão proferida em segunda instância, o STJ reconheceu o caráter anticompetitivo da cobrança, por desestimular a passagem de carga desses terminais aos portos secos, já que a tarifa de permanência de 15 dias era cobrada mesmo que a mercadoria ficasse menos tempo no terminal, o que desestimularia os usuários dos serviços de armazenagem de utilizarem os serviços dos portos secos.³⁸⁵

Nessa ocasião, o Ministro Relator Herman Benjamin salientou que “a recorrente não se desincumbiu do ônus de explicar eventual política setorial que legitimasse a cobrança da tarifa e justificasse a imunidade antitruste”. Ao contrário, na visão do Ministro, “o art. 12 da Lei 8.630/93 não parece trazer essa justificativa e autorizar a cobrança de tarifas que possam desvirtuar a concorrência nesse setor”.³⁸⁶

Apesar de vozes da doutrina vislumbrarem na legislação brasileira algumas situações de isenção antitruste,³⁸⁷ o CADE tem firmado o entendimento de que, na

³⁸⁵ “ADMINISTRATIVO E CONCORRENCIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ORDEM ECONÔMICA. PORTOS. TARIFA DE ARMAZENAGEM. CARGA PÁTIO. COBRANÇA ABUSIVA PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. LEI 8.884/1994 E ART. 12 DA LEI 8.630/1993. 1. O Poder Judiciário é competente para examinar Ação Civil Pública visando à proteção da ordem econômica, independentemente de prévia manifestação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE ou de qualquer outro órgão da Administração Pública. 2. A tarifa de armazenagem, *in casu*, caracteriza cobrança por serviço não prestado, com consequências nefastas na ordem concorrencial e no plano do princípio da boa-fé objetiva. No essencial, desestimula o desembarço rápido de mercadorias, no prazo de até 48 horas, e a sua transferência para armazenamento em Eadis ou portos secos, já que mantidas no próprio terminal portuário pelo período total abrangido pela ‘tarifa de armazenagem de 15 (quinze) dias’. 3. É abusiva a cobrança, contratual ou não, por produtos ou serviços total ou parcialmente não prestados, exceto quando houver inequívoca razão de ordem social. 4. A distinção entre carga pátio e carga armazenada ostenta *ratio* concorrencial. O regime de trânsito aduaneiro e a limitação da tarifação de permanência devem viabilizar a competição no setor de armazenamento (e ulterior desembarço) entre zonas primárias e secundárias nos portos. 5. O art. 12 da Lei 8.630/1993 não oferece justificativa a autorizar tarifas que possam desvirtuar a concorrência no setor. O dispositivo determina a cobrança por armazenagem de mercadorias como contraprestação por serviço efetivamente prestado “no período em que essas lhe estejam confiadas ou quando tenha controle ou uso exclusivo de área do porto onde se acham depositadas ou devam transitar”. 6. Recurso Especial não provido” (REsp 1181643/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 01.03.2011).

³⁸⁶ Voto proferido no julgamento do REsp 1.181.643, j. em 01.03.2011.

³⁸⁷ De outra perspectiva, sem fazer referência a setores específicos da economia, Tercio Sampaio Ferraz Junior sustenta haver isenção à incidência das normas de defesa da concorrência em, ao menos, três distintas espécies de situação: (i) “razões de ordem lógica”, que o autor conceitua como sendo aquelas presentes quando “inexistem condições de ordem lógica de aplicação das normas concorrenciais” (o autor ilustra com a hipótese de uma união entre entidades de classe ou sindicatos para defesa de seus associados em torno de reivindicações trabalhistas, comentando não haver como analisar o caso da perspectiva de concentração econômica ou de cartel); (ii) “por força da atuação governamental que substitui as forças de mercado” (que seriam as situações de regulação substitutiva do mercado, a partir dos testes cunhados pela *State Action doctrine*); e (iii) “por força de outros interesses públicos que, considerando-se a especificidade do setor, sobrelevam-se aos objetivos concorrenciais” (que contemplariam os setores submetidos a entidades reguladoras setoriais). A classificação está proposta em FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Concorrência como tema constitucional: política de Estado e de Governo e o Estado como agente normativo e regulador, pp. 180 e 181. A terceira hipótese é esclarecida pelo autor da seguinte forma: “O fundamento da criação

generalidade dos mercados regulados, existe uma complementaridade de competências, seja para controle estrutural, seja no âmbito do combate a condutas anticompetitivas.³⁸⁸

Há, no entanto, alguma dúvida acerca de aquisições decorrentes de processos licitatórios de desestatização, especialmente quando o certame tem um vencedor isolado, isto é, não consorciado. Passamos a comentar esse debate.

4.5 Desestatização, licitações e a jurisprudência do CADE sobre atos de concentração

O artigo 175 da Constituição Federal determina que compete ao poder público a prestação de serviços públicos. Isso significa que, uma vez reconhecida determinada atividade estatal como sendo um serviço público, em regra ela é retirada da esfera da livre iniciativa e entregue ao Estado³⁸⁹, que deve então provê-la, sendo sua titularidade definida pelas regras de divisão de competências previstas na Constituição.

O próprio artigo 175, por outro lado, determina que a pessoa jurídica de direito público titular do serviço poderá delegá-lo a particulares, na forma da lei, mediante os institutos da concessão e da permissão de serviços públicos, após processo licitatório.³⁹⁰ A

dessas comissões está em colocar o setor, em função da importância econômica ou social de que se reveste, sob policiamento de um corpo altamente especializado. As comissões especializadas estabelecem ou implementam políticas de cunho econômico ou social, ou ainda, autorizam práticas dos agentes no setor que muitas vezes conflitam com determinados ditames da política de concorrência disciplinada em lei. Por exemplo, quando implementam políticas de desenvolvimento industrial. Na hipótese de conflito, obviamente prevalecem as normas materiais específicas do setor, falando-se em imunidade às normas de direito antitruste” (*ob. cit.*, p 181).

³⁸⁸ Essa afirmação poderá ser comprovada a partir dos julgados compilados no próximo tópico, que incluem setores fortemente regulados, tais como transporte, saneamento, energia elétrica e gás natural. A principal exceção a essa regra geral, no momento, são as análises de atos de concentração no setor bancário, reconhecidas como imunes à incidência da Lei 8.884/94 pelo parecer GM-20 da AGU, posição essa ratificada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1.094.218-DF.

³⁸⁹ Exceções a essa disciplina geral são a saúde (art. 199, *caput*, CF/88) e a educação (art. 209, *caput*, CF/88), atividades que, embora inegavelmente constituam serviços públicos quando prestados pelo setor público, são igualmente abertas à iniciativa privada, por expressa ressalva constitucional.

³⁹⁰ Adota-se aqui, portanto, a tese de que as autorizações não são instrumentos adequados à delegação de serviços públicos, pois a elas não se referiu o art. 175 da Constituição Federal, embora reconheçamos tratar-se de matéria controvertida na doutrina, tendo em vista que a autorização é mencionada nos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição Federal, que disciplina as competências da União Federal. Para uma discussão mais aprofundada do tema, ver LEITE DE FARIAS, Sara Jane. *Regulação jurídica dos serviços autorizados*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 38 e ss. Para a autora, os serviços mencionados no art. 21, XI e XII da

Lei Geral de Concessões, por sua vez (Lei 8.987/95), prevê, em seu artigo 16, que sempre que possível o serviço público seja concedido de modo não exclusivo, com vistas a propiciar a concorrência.³⁹¹

Em sentido assemelhado, as atividades econômicas monopolizadas pelo Estado igualmente encontram-se alijadas do regime de livre iniciativa econômica. Nesse sentido, o art. 177 da Constituição Federal, após elencar os monopólios públicos federais, estabelece, em seu § 1º, que “a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas” a realização dessas atividades, de acordo com critérios a serem dispostos em lei. Fica claro, assim, que a participação da iniciativa privada nos segmentos monopolizados da indústria do petróleo e do gás natural depende de prévia decisão política da União Federal.

Dessa forma, não se pode desconsiderar que, se a opção política do ente da federação for delegar o serviço ou atividade monopolizada mediante a outorga de exclusividade ao seu explorador, ter-se-á, no caso, uma concorrência “pelo mercado”, mas estará afastada, desde logo, a concorrência “no mercado”, já que, por decisão política, existirá apenas um prestador do serviço durante o prazo de execução do contrato. Haverá, assim, a criação de poder econômico, para cuja disciplina o direito possui diversos instrumentos, como controle tarifário, exigência de qualidade mínima da prestação, metas de universalização, dentre outros.

Demsetz sustentou que, apesar de, nesses casos, haver monopólio na prestação do serviço, a concorrência “pelo mercado” seria capaz de disciplinar o poder econômico. Os procedimentos licitatórios para delegação de *public utilities* poderiam funcionar como instrumento de aproximação dos setores caracterizados como monopólios naturais ao ambiente que se observaria em um mercado competitivo.³⁹²

Constituição Federal constituem atividades que “se encontram numa posição intermediária entre a livre iniciativa, em que as atividades de ordem econômica são realizadas em regime exclusivamente de direito privado, cujo ato de consentimento estatal é a licença, conferido no exercício da polícia administrativa, e os serviços públicos prestados em regime de direito público, executados de forma centralizada pelo Estado ou descentralizada, mediante delegação ao particular, por meio de um contrato de concessão ou permissão” (p. 155).

³⁹¹ Lei 8.987/95. “Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei”.

³⁹² DEMSETZ, Harold. Why regulate utilities? *Journal of Law and Economics*, v. 11, n. 1 (abril, 1968), pp. 55-65. No mesmo sentido, após mencionar serem os custos fixos afundados a principal barreira à entrada nos mercados caracterizados como monopólios naturais, Harrison e Sullivan afirmam que “é a inabilidade do possível entrante de fazer face aos elevados custos fixos que o mantém fora do mercado. Se o regulador puder controlar os custos afundados por meio de licitações concorrenciais pelo mercado, mais competidores poderão estar em concorrência pelo mercado. A presença de concorrentes potenciais para aquele mercado

O argumento básico reside em que, nas licitações para exploração de setores de infraestrutura em regime de exclusividade, o vendedor (o poder público) é o monopolista e está em posição, portanto, através da licitação, de adotar mecanismos de extração de renda dos licitantes (mediante, por exemplo, a exigência do maior valor pela outorga desse direito) e, ainda, através do contrato, obrigar o vencedor a limitar a extração de renda monopolista após a licitação, por meio do controle de preços (política tarifária) e a exigência de que esse adira a políticas públicas distributivas, com metas de universalização e aumento da qualidade do serviço.³⁹³

Comentando o texto de Demsetz, observou o Conselheiro do CADE Vinicius Marques de Carvalho, em voto proferido em ato de concentração ocorrido no setor de concessão de rodovias:

“Ele [Demsetz] parte de uma crítica à teoria do monopólio natural que teria falhado ao associar – criando uma relação de causalidade – economias de escala e preços de monopólio e ao enxergar uma relação entre o número de firmas de um determinado mercado e o grau de competição. Conclui, partindo dessas falhas na teoria, que não há nenhum motivo para que a existência de economias de escala limite o número de candidatos à oferta do serviço. Esse falso *trade-off* baseava-se numa compreensão equivocada do conceito de competição ou rivalidade, que, ao associar concentração econômica e preços de monopólio, não levava em conta a possibilidade de se atingir preços competitivos por meio de um processo competitivo de acesso ao mercado (*franchise bidding*). Assim, se o poder público leiloasse o direito exclusivo a ofertar os serviços, haveria muitos ofertantes a despeito das economias de escala, sendo escolhido aquele com a melhor proposta”.³⁹⁴

fará com que o monopolista precifique, enquanto for o único produtor do mercado, proximamente ao custo marginal, o que é, logicamente, de interesse dos consumidores”. SULLIVAN, E. Thomas; HARRISON, Jeffrey L. *Understanding antitrust and its economic implications*, p. 81. Dessa forma, “o grau de competição está, portanto, diretamente relacionado ao nível de transferibilidade dos custos afundados” (p. 112).

³⁹³ PEREIRA, Edgard Antonio e LAGROTERIA, Eleni. Leilões ou regulação: onde está o monopolista?, p. 188 e ss. Os autores observam: “de fato, embora os licitantes não concorram no mercado em que pretendem operar (pois o vencedor é apenas um), competem *ex ante* pelo objeto leiloado, o que limita o lucro econômico de cada comprador potencial. Assim, os mecanismos de leilão constituem verdadeiros mecanismos de ‘concorrência virtual’”. (p. 189). Em conclusão, tem-se que “o governo, ao estabelecer mecanismos de leilão para a privatização de seus ativos, atua como um monopolista, que extrai do vencedor do leilão o maior excedente possível, caso tenha escolhido o mecanismo que de fato maximiza a sua receita. (...) Entretanto, se outros objetivos são levados em consideração na concessão ou privatização a ser efetivada, como, por exemplo, a regulação de monopólios naturais ou mercados imperfeitos, o desenho do leilão deve incluir dispositivos que induzam o funcionamento ideal dos mercados”. (p. 205).

³⁹⁴ AC 08012.003712/2009-08, Relator Conselheiro Vinicius Carvalho, j. em 22.07.2009.

Fato é que a concessão de um direito de exploração econômica em regime de exclusividade propiciará a criação de poder econômico.³⁹⁵ Se, de um lado, essa criação constitui uma decisão racional, pois decorre das características que fazem de determinados mercados monopólios naturais, é preciso considerar que o poder econômico, uma vez criado, terá de ser disciplinado.³⁹⁶

No tema dos serviços públicos, o direito sugere que essa disciplina ocorra por alguns instrumentos.

Em primeiro lugar, como visto, pela realização de licitação para escolha do concessionário ou permissionário privado que explorará a atividade caracterizada como serviço público, instituindo-se uma concorrência pelo mercado que deverá resultar na proposta mais vantajosa para a Administração e para a sociedade.

O edital poderá, no nosso entendimento, contemplar elementos regulatórios, com a função de disciplinar o mercado, desde que eventuais restrições à participação de determinados agentes sejam objetivamente fundamentadas na finalidade de se evitar a formação de estruturas concentradas de poder³⁹⁷, o que poderá, por exemplo, facilitar a

³⁹⁵ “Tendemos a ver este sistema [de concorrência pelo mercado] mais como uma alternativa à regulação, do que um meio de desregulação, com todo o perigo que Stigler sugeriu ser inerente a outros esquemas regulatórios. Não vemos qualquer razão para suspeitar que a tese de Stigler, no sentido de que a regulação é adquirida pela indústria e operada primariamente em seu benefício, não será igualmente aplicável a sistemas que confiem na licitação por contratos e sua administração. A aplicação do princípio da gestão por contratos, como uma alternativa à regulação de *cost-plus*, também faz nascer importantes questões para as instituições de um sistema econômico (...) aplicado de forma estrita, o princípio do gerenciamento por contrato deixaria poucas atividades de produção e distribuição desreguladas. Além da sua aplicação a situações de monopólio natural discutidas por Demsetz, torna-se relevante para casos nos quais as ineficiências são resultado de várias outras fontes. Portanto, estruturar um meio no qual o princípio da competição pelo mercado seja factível poderá envolver alterações radicais nos padrões existentes de cessão de direitos de propriedade na sociedade. Extensa propriedade pública e responsabilidade [estatal] pelos meios de produção têm uma harmonia substantiva que é difícil de reconciliar com a teoria ortodoxa do capitalismo concorrencial”. CRAIN, William Mark and EKELUND, Jr, Robert. Chadwick and Demsetz on Competition and Regulation. *Journal of Law and Economics*, Vol. 19, No. 1 (Apr., 1976), pp. 161/162.

³⁹⁶ Sobre o tema do poder é sempre oportuno lembrar as palavras de Montesquieu, quando afirma que “é uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a abusar dele; vai até onde encontra limites”, de modo que, “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder”. MONTESQUIEU, Charles de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martins Claret, 2002, Livro XI, capítulo IV. Tal assertiva aplica-se, assim como ao poder político, igualmente ao poder econômico, que vai até onde encontra limites, que podem estar nas regras cogentes de defesa da concorrência, no arcabouço regulatório e depende, em ambos os casos, da fiscalização efetiva das autoridades competentes.

³⁹⁷ Mencionando a possibilidade de a licitação desempenhar funções para além da garantia da melhor proposta em termos econômico-financeiros, posiciona-se Marcos Juruena Villela Souto: “Cumpre adiantar posicionamento no sentido de ter a licitação uma função regulatória que admite que, sem que seja violada a isonomia, sejam estabelecidas restrições à participação de licitantes que se encontrem em posição dominante no mercado. É que, como processo administrativo, deve buscar a verdade real; nesse passo, jamais a seleção da proposta vencedora resultará de um processo licitatório se o mercado está previamente dominado. Caberá ao edital, então, o papel de formatar ou recriar o mercado no qual a seleção deverá ocorrer, ainda que a

captura no futuro. Pense-se, nesse sentido, em concessões em mercados geográficos distintos que venham a ser todas, por hipótese, detidas pelo mesmo grupo econômico.³⁹⁸

Esta preocupação já foi destacada pela Comissão Europeia. Em um ato de concentração envolvendo a alteração do controle societário de empresa que atuava em diversos segmentos que compõem o serviço de saneamento³⁹⁹, a autoridade de defesa da concorrência destacou as limitações que são enfrentadas para que se instaure uma verdadeira competição pelo mercado, apesar da aparente neutralidade do poder público no processo. Essas dificuldades decorrem desde da própria complexidade do serviço, que faz com que o agente que já o presta tenha de investir menos recursos e tempo na elaboração da proposta, até a possibilidade de captura da autoridade licitante, que pode ter por consequência que constem do edital requisitos de habilitação restritivos do caráter competitivo da licitação. Nas palavras da Comissão:

função de promover a licitação e formatar o contrato não seja exercida por uma agência reguladora. Há que se cuidar do equilíbrio do mercado.” SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, pp. 202/203. Em sentido semelhante, Flávio Amaral Garcia sustentou que, em situações excepcionais, pode inclusive ser realizada contratação direta, como no caso ocorrido no Estado do Rio de Janeiro, relativamente a uma fábrica de leite, sob intervenção governamental, que adquiria leite da cooperativa de Itaperuna e demais cooperativas da região, o que respondia pelo sustento de cerca 85 mil famílias. Os novos gestores (colegiado composto por membros das cooperativas, funcionários do Estado e da municipalidade), ao assumirem a administração da fábrica por força de decisão judicial em ação civil pública, sustentaram a necessidade de contratação direta com o Estado para gerar receita e conseguir êxito em mantê-la em funcionamento. Por outro lado, é sabido que o Estado do Rio de Janeiro necessitava de leite em pó para seus programas assistenciais. Sustentando que a licitação não é um fim em si mesma, ao analisar o caso, Flávio Amaral Garcia destacou: “o Estado do Rio de Janeiro, que tem a necessidade de adquirir leite em pó para os seus programas assistenciais, poderá utilizar seu poder de compra para atender outros valores de elevada e reconhecida importância em efetivo concurso de objetivos administrativos. É a idéia de função regulatória da licitação”. O autor lembra, por outro lado, que a admissão da possibilidade de contratação direta deve ser feita observando as exigências do art. 26 da Lei 8.666/93, dentre as quais destacamos a necessidade de que seja justificado o preço da contratação. GARCIA, Flávio Amaral. Função regulatória nas contratações emergenciais. In: _____. *Licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, pp. 123/127.

³⁹⁸ A título ilustrativo, pode-se mencionar a Lei Geral de Telecomunicações, que procurou tratar da questão ao vedar que um mesmo grupo econômico adquirisse o controle de duas ou mais concessionárias de serviços de telecomunicações na modalidade pública durante o processo de desestatização da telefonia fixa comutada. A Lei 9.472/97 dispôs em seu art. 201. “Fica vedada, no decurso do processo de desestatização, a aquisição, por um mesmo acionista ou grupo de acionistas, do controle, direto ou indireto, de empresas atuantes em áreas distintas do plano geral de outorgas”. O Plano Geral de Outorgas inicialmente dividiu o país em três regiões distintas, havendo ainda uma quarta região abrangente de todo o território nacional (Decreto 2.534/98, revogado pelo Decreto 6.654/2008, que estabelece o atual PGO), sendo que um mesmo grupo econômico não podia controlar duas concessões simultaneamente. Em 2008, o Decreto 6.654/2008 alterou o PGO, de modo a permitir que o mesmo grupo econômico controle duas concessões de serviços de telecomunicações.

³⁹⁹ Para os fins de sua análise, a Comissão Europeia distinguiu os mercados de (i) manejo de água e (ii) gestão de resíduos e limpeza viária, mencionando, ainda, poder ser utilizada uma subdivisão entre resíduos perigosos e não-perigosos. No entanto, tendo em vista que o objetivo da referência à decisão não reside na discussão sobre os mercados relevantes envolvidos na atividade de saneamento – o que faremos adiante – optamos por fazer uma referência genérica ao serviço de saneamento, para os fins de apresentação deste caso.

“Nos mercados de serviços públicos, a concorrência têm relevância essencialmente no marco das licitações públicas. As autoridades locais determinam as condições que os prestadores do serviço devem respeitar e os parâmetros sob os quais a decisão de adjudicação deve se embasar. Essas condições são públicas. Não existe a possibilidade de negociar as condições de prestação do serviço antes da licitação e as decisões de adjudicação, assim como o conteúdo das ofertas ganhadoras também é público.

Apesar de o marco legal favorecer a neutralidade da autoridade pública e a igualdade de oportunidades de todos os licitantes, na prática, a empresa que já presta o serviço no momento da licitação desfruta de importantes vantagens comparativamente a seus concorrentes. Em primeiro lugar, as licitações não se decidem unicamente em função do preço, mas com base em um conjunto de fatores avaliados pela autoridade local. Esses fatores incluem, entre outros, a solvência técnica e financeira, a experiência prévia ou a qualidade do projeto apresentado. A faculdade da autoridade local de privilegiar um critério ou outro reduz substancialmente a transparência do processo e permite ao prestador do serviço beneficiar-se da sua relação continuada com a autoridade licitante.

Em segundo lugar, os custos e a dificuldade técnica de preparar uma oferta para concorrer em uma licitação não devem ser subestimados. As condições requeridas pelas autoridades locais apresentam uma complexidade crescente e, particularmente no caso de grandes cidades, a preparação da oferta requer um grande esforço e investimento em recursos por parte das empresas que participam na licitação. (...) As entidades que já prestam o serviço devem dedicar muito menos esforço e recursos para preparar a oferta, já que conhecem bem as características do município, suas necessidades e os custos de prestação do serviço. Finalmente (...) não se pode excluir a possibilidade de que as características do serviço prestado e as condições do prestador do serviço tenham uma relativa influência na redação das condições da licitação.

As explicações dos parágrafos anteriores são confirmadas pelo fato de que em torno de 75% das licitações para esses serviços são outorgadas à entidade que já o vinha prestando anteriormente”.⁴⁰⁰

Dadas as considerações acima, a Comissão Europeia entendeu que a operação analisada tinha potencial para reforçar posição dominante no mercado de empresas habilitadas a participar de licitações para serviços de saneamento, tendo exigido compromissos, pelas requerentes, como condição para aprovar a concentração. A Comissão destacou especialmente que o fato de os serviços de saneamento serem contratados por longos prazos limitava a possibilidade de acesso ao mercado por parte de concorrentes.

Ainda sobre o tema das licitações e a disciplina concorrencial dos mercados, é relevante destacar o entendimento proferido pelo Conselheiro do CADE Olavo Chinaglia

⁴⁰⁰ Decisão da Comissão Europeia M1635, j. em 04.03.1999.

segundo o qual, quando um agente econômico se sagra vencedor de um processo licitatório para a escolha de um concessionário de serviço público em regime de exclusividade, não ocorreria um ato de concentração nos termos do art. 54 da Lei 8.884/94, mas sim conquista natural de mercado, resultante de maior eficiência econômica, o que torna a operação não subsumida aos critérios do § 3º do art. 54, não sendo, portanto, de notificação obrigatória:

“7. A licitação pública representa, por sua própria definição, a materialização de concorrência entre fornecedores de produtos ou serviços habilitados a contratar com o Poder Público. Tem como objetivo prover as necessidades da máquina administrativa ou a substituir, sob regime de concessão, autorização ou permissão, a Administração, na prestação de serviços públicos aos administrados.

8. Nesse sentido, quando determinada empresa vence o certame de forma não fraudulenta e em decorrência de suas próprias forças – vale dizer, sem precisar se associar com nenhum outro agente econômico –, tem-se que a sua atuação, naquele momento específico, foi mais eficiente que a dos seus rivais.

9. É evidente, portanto, que a operação notificada não corresponde a um ‘ato de concentração’ no sentido que é conferido à expressão pelo artigo 54 da lei 8.884/94. Trata-se, unicamente, da ‘conquista de mercado, resultante de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores’, que, de acordo com a leitura sistemática do artigo 20, §1º da própria Lei concorrencial, não atenta contra os bens jurídicos tutelados pela Ordem Econômica Constitucional.

10. Sob essa perspectiva, entendo que a presente operação não se subsume às hipóteses de notificação previstas no art. 54 da Lei n. 8.884/94 e, dessa forma, voto pelo seu não conhecimento. Determino, por conseguinte, o seu arquivamento sem julgamento do mérito, mantendo as taxas recolhidas, tendo em vista a efetiva movimentação da máquina estatal e o exercício do poder de polícia no presente caso”.⁴⁰¹

Dessa forma, para o Conselheiro, aquisições isoladas decorrentes de processos licitatórios estariam imunes à análise estrutural do CADE.⁴⁰²

García-Morato e Ortiz sustentam que não caberia à entidade de defesa da concorrência uma tentativa *ex ante* de limitar a participação que cada agente pode ter em um mercado, pois, ao assim procederem, estariam atuando contra a eficiência – justamente porque, nos mercados nos quais o ingresso depende de prévia licitação, aumentar sua participação depende de ofertar lances melhores nos certames. Ao impedir a participação de um agente, sob o argumento de que esse já teria muitas concessões, estar-se-ia

⁴⁰¹ AC 08012.004023/2009-11, Relator Conselheiro Olavo Chinaglia, j. em 08.07.2009. A decisão foi unânime.

⁴⁰² Este tema será objeto de análise no Capítulo V.

restringindo a possibilidade de o poder público receber propostas mais eficientes, o que, no limite, feriria a própria razão de ser das normas de defesa da concorrência.⁴⁰³

Por outro lado, merece ser destacado que, caso um agente econômico venha a deter substancial parcela de concessões de um determinado serviço público, a literatura mostra que é provável que o setor se torne mais propenso à captura e que o órgão regulador terá maiores dificuldades em obter as informações necessárias à sua atuação. Resta indagar se essa é uma razão suficientemente forte a permitir a invocação da competência da autoridade concorrencial sobre os processos de desestatização. Seria função da entidade concorrencial atuar sobre o controle de concentrações dos mercados concedidos, sob o argumento de que, em não o fazendo, será provável a captura do órgão regulador no futuro?

Este ponto será retomado no próximo capítulo, quando discutiremos se os contratos de concessão celebrados em decorrência de processos licitatórios devem ou não ser considerados eventos subsumíveis às normas legais que ensejam o dever de notificar um ato de concentração.

4.5.1 A súmula 3 da jurisprudência do CADE

Ainda sobre o tema do controle estrutural de atos de concentração envolvendo licitações para outorga de concessões, faz-se relevante mencionar que o CADE veio a editar súmula em que esclarece a data a partir da qual deve ser contado o prazo de 15 dias úteis para notificação de atos de concentração decorrentes de licitações para outorgas de concessão de serviço público:

⁴⁰³ “A intervenção das autoridades de defesa da concorrência (...) não pode se dirigir a limitar *ex ante* as participações de mercado porque se entende que a acumulação de um elevado número de concessões equivale a domínio de mercado. Ao contrário, a obtenção de um elevado número de concessões costuma obedecer às melhores condições de oferta na licitação (em robustez financeira, tecnologia, etc...), o que é uma garantia para melhor prestação do serviço público, que é o que se pretende.” *La competencia en sectores regulados*, pp. 292/293. Adiante os mesmos autores concluem: “deve ser repensada, ao menos nos setores regulados, aquela orientação da política pública que se baseia quase que exclusivamente no critério de participação de mercado, pois ele supõe, em definitivo, dar razão àqueles que pensam, sem mais, que ‘o tamanho é perigoso’. Deve-se insistir especialmente na improcedência de aplicar este automatismo aos setores regulados, em pleno processo de transição” (p. 305).

“Nos atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em determinada licitação pública, o termo inicial do prazo do art. 54 § 4º, da Lei 8.884/94 é a data da celebração do contrato de concessão”.⁴⁰⁴

Se a jurisprudência do CADE, inclusive sumulada, fixa o termo *a quo* da contagem do prazo para notificação é porque os contratos de concessão são de notificação obrigatória, desde que se enquadrem na definição de ato de concentração constante do art. 54 da Lei 8.884/94, não havendo, quanto a eles, isenção antitruste.

A edição da Súmula 3 não fez desaparecer, entretanto, o debate sobre se essa é a solução que melhor resguarda interesses públicos e privados, ou se, dado o acima exposto, não seria mais eficiente adotar um regime de consulta prévia entre as autoridades, isto é, antes do início da fase externa do processo de licitação, ao invés de se exigir a notificação do ato “*ex post facto*”, ou seja, após o encerramento do processo de licitação e celebração do contrato de concessão.

Nesse sentido, o Guia de Análise de Denúncias sobre Possíveis Infrações Concorrenciais em Licitações, aprovado pela SDE por meio da Portaria 51/06, destaca a relevância da advocacia da concorrência, a ser desenvolvida pelos órgãos antitruste, observando ainda que a SDE não terá competência para revisar a regulação anticoncorrencial impositiva que tenha sido expedida pelos entes reguladores:

“Cabe ressaltar que condições restritivas de participação previstas em editais (tanto por motivos econômicos justificados, quanto em decorrência de atuação imprópria de servidores públicos) pode ser um elemento a facilitar o conluio entre agentes econômicos para fraudar licitações. Não obstante, trata-se de fator considerado como dado na análise dos órgãos antitruste, o qual influencia a conduta das empresas (assim como regras de caráter regulatório e tributário), mas não como prática em si passível de punição pelo CADE. Esta, se houver, será aplicada por outros órgãos e basear-se-á em regras administrativas e penais que regem as licitações e o comportamento dos agentes públicos por elas responsáveis. Isso não significa, contudo, que não haja função de advocacia da concorrência a ser exercida pelos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência com relação à redação de editais de modo a melhor promover a concorrência. Esta Secretaria entende ser extremamente benéfico e necessário que os desenhos dos

⁴⁰⁴ Entendemos que referida súmula se aplica a todas as formas de delegação de atividades estatais por meio de contratos de concessão, sejam concessões de serviços públicos, concessões de uso de bem público, ou concessões industriais (ou de atividade econômica monopolizada).

editais de licitação sejam aprimorados e que os órgãos licitantes promovam o maior grau de competitividade possível em seus certames”.⁴⁰⁵

Apesar do comentário da SDE, merece menção que o art. 19 da recém-aprovada Lei 12.529/2011, ao estabelecer as competências da SEAE relativamente à advocacia da concorrência, não incluiu expressamente a prévia revisão de modelagens de desestatização ou de minutas de editais de licitação. Essa omissão, a nosso ver, merece reparo.

Adicionalmente, com a alteração dos critérios de notificação de atos de concentração e a previsão estatuída no art. 90, parágrafo único, da nova lei concorrencial,⁴⁰⁶ aparentemente as operações de concentração visando à celebração de contratos de concessão ficarão a salvo do controle estrutural.

De fato, ainda que se perpassasse a dificuldade criada pela redação do parágrafo único do art. 90, uma vez afastado o critério da participação de mercado como definidor do dever de se notificar uma operação ao CADE, mesmo que o grupo adquirente tenha faturado mais de R\$ 400 milhões no ano anterior à operação, haveria nos processos de desestatização outro agente com faturamento superior a R\$ 30 milhões, a fim de cumprirem-se as exigências dos incisos I e II do art. 88?⁴⁰⁷ Poder-se-ia considerar que a União, Estados, Distrito Federal ou municípios – na qualidade de poder concedente – apresentam “faturamento” para os efeitos da lei?⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. *Guia de Análise de Denúncias sobre Possíveis Infrações Concorrenciais em Licitações e o Modelo de Declaração de Elaboração Independente de Proposta*, aprovado pela Portaria SDE 51/09.

⁴⁰⁶ Lei 12.529/2011. Art. 90. (...) Parágrafo único. “Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do *caput*, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes”. O inciso IV do art. 90, por sua vez, determina ocorrer ato de concentração quando “2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture”.

⁴⁰⁷ “Art. 88. Serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).”

⁴⁰⁸ A pergunta surge porque o art. 90, parágrafo único, da Lei 12.529/2011 somente isentou do dever de notificação as hipóteses do inciso IV, permanecendo em tese possível que a celebração de contratos de concessão, por agentes privados, enquadrassem-se nos incisos I a III, que determinam ocorrer ato de concentração quando: “I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer

Em nosso entender, a resposta é negativa. Os entes federativos são titulares do serviço público e comparecem ao contrato de concessão na qualidade de entes públicos, e não como meros agentes econômicos.

No entanto, é fato que a modelagem da licitação e do contrato de concessão pode desempenhar relevante papel na promoção da concorrência e na prevenção de incentivos à sua renegociação após a sua celebração, evitando-se a criação de situações de *hold up*. Isso porque, uma vez firmado o contrato de concessão, o poder de mercado move-se do poder concedente licitante para a concessionária, tendo em vista a relevância, para o poder público e a sociedade, do serviço prestado, que não pode ser interrompido.

Por essa razão, a OCDE comenta que algumas providências podem ser úteis na busca da redução do comportamento oportunístico por parte do licitante vencedor, tais como (i) procurar manter concorrência entre concessionárias após a licitação, de modo que o poder público tenha opções entre diferentes prestadores de serviços; (ii) evitar a adoção de critérios de julgamento que possam ser facilmente modificáveis após a licitação, como, por exemplo, a licitação pela menor tarifa, ou, ainda, que sejam mais sujeitos a desvios, como a adoção da melhor técnica como critério de julgamento; (iii) exigir garantias do licitante vencedor contra eventos de inadimplemento; (iv) prever que o poder concedente possa assumir a concessão em caso de falha na prestação do serviço; e (v) impor à concessionária o dever de continuar fornecendo o serviço até que uma nova concessionária tenha sido escolhida.⁴⁰⁹

No Brasil, a Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviços Públicos adota praticamente todas essas recomendações, à exceção da segunda (não eleger a menor tarifa como critério de julgamento).⁴¹⁰ A Lei 8987/95 prevê a possibilidade de se utilizar a menor tarifa como critério de julgamento e essa tem, em realidade, sido uma prática bastante comum, por exemplo, nas licitações para concessão de rodovias.⁴¹¹

outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas”.

⁴⁰⁹ OCDE. *Competition policy and concessions*. OCDE, maio 2007. p. 6. Disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/12/47/38706036.pdf>. Acesso em 18.10.2011.

⁴¹⁰ Conforme arts. 16, 23, V e 32 da Lei 8987/95.

⁴¹¹ Informações sobre o programa federal de concessão de rodovias podem ser obtidas em <http://www.antt.gov.br/concessao/rod/apresentacaorod.asp>. Acesso em 18.10.2011.

A importância da tutela da concorrência nos mercados concedidos é ressaltada pela OCDE, tanto nos aspectos repressivo quanto repressivo. O órgão constata que, mesmo quando a concessão é delegada em regime de exclusividade, pode haver preocupações restritivas horizontais, decorrentes da detenção simultânea de várias concessões pelo mesmo agente econômico, e verticais, relacionadas aos mercados competitivos a montante ou a jusante da cadeia produtiva, o que justifica uma preocupação da autoridade concorrencial, do ponto de vista de controle de estruturas.⁴¹²

No atual cenário de mudança do direito positivo brasileiro, o controle estrutural de concentrações no mercado regulado, especialmente com relação às operações que decorreram diretamente do procedimento licitatório, sofreu substancial modificação. Resta, assim, questionar se essa mudança se apresenta benéfica ou prejudicial ao interesse público que justifica a tutela da livre concorrência pelo Estado.

Para responder a este questionamento, passaremos no próximo item a estudar especificamente o tema da incidência das normas de defesa da concorrência e a competência dessas autoridades em matéria de serviços públicos para, em seguida, analisar especificamente a jurisprudência de cada setor, seja em sede de concentrações, seja no que se refere a práticas anticompetitivas. Após percorrido esse caminho, no capítulo V analisaremos as perspectivas do tema tendo em vista a mudança legislativa operada pela Lei 12.529/2011.

4.6 As concessões de serviços públicos e a jurisprudência do CADE

Como anteriormente explanado, os serviços públicos de caráter econômico, isto é, aqueles que admitem exploração lucrativa e se apresentam divisíveis, têm sua regulação inicial no art. 175 da Constituição Federal e na Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviços Públicos, a Lei 8987/95.

⁴¹² Mesmo “quando a concessionária é monopolista, a agência [de defesa da concorrência] pode ter a oportunidade de aplicar as normas de defesa da concorrência relativas ao abuso de posição dominante à sua conduta, particularmente quando a conduta for exclusionária. Finalmente, as normas de controle de concentração podem ser aplicáveis, seja às concentrações horizontais entre concessionárias concorrentes ou a aquisições verticais por parte de concessionárias monopolistas que podem ter efeitos deletérios em mercados competitivos”. OCDE. *Competition policy and concessions*, p. 7.

Em sendo uma atividade classificada como serviço público, o poder público está autorizado a controlar diversas variáveis da prestação do serviço aos usuários finais, tais como a imposição de exigências mínimas qualidade e de continuidade do serviço e, principalmente, do preço via fixação da tarifa cobrada ao usuário final: maior controle estatal; menor concorrência. Nesse sentido, Calixto Salomão Filho observa que:

“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 sistema de mercado pelo sistema regulamentar, que passa a estabelecer as variáveis relevantes, tais como o preço e frequentemente até a quantidade a ser produzida”⁴¹³

Por outro lado, o autor critica que:

“se o regime das concessões iria substituir com vantagem o mercado, estabelecendo fins públicos para os agentes particulares, sua eficácia tem sido muito limitada. Esse regime tem, de um lado, originado a captura do poder concedente pelo concessionário, que, logo após a licitação, torna-se monopolista daquela atividade. De outro, tem-se mostrado ineficaz, pois a cada controle erigido, o concessionário desenvolve duas ou três formas de contorná-lo. Controles de preço são contornados através da diferença de qualidade, de continuidade, de atendimento ao usuário etc.”⁴¹⁴

⁴¹³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros: 2002, p. 216. O autor esclarece que “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, 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. Ora, nas concessões via de regra é isso que ocorre: pode o poder público definir preço e quantidade produzidas e fiscalizar o cumprimento de sua determinação” (*ob. cit.*, pp. 216/217).

⁴¹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2ª ed. ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 26 e 27.

Ademais, já comentamos que a teoria econômica aponta que a regulação é custosa e, por vezes desejada pela própria indústria, que pode operá-la em seu benefício.⁴¹⁵

Dessa forma, o modo de fixação das tarifas, em si, pode ser um tema problemático. A adoção em larga escala, no país, a partir dos anos 90, do modelo de tarifação “preço-teto” (“*price cap*”) procurou ser uma resposta, à luz da eficiência, às falhas de precificação tarifária do modelo de “taxa de retorno” (“*cost plus*”), no qual se aplicava uma determinada taxa de retorno sobre o investimento da concessionária.⁴¹⁶ A superioridade do modelo de preço-teto reside em que há um incentivo à eficiência, pois o agente é autorizado a praticar até a tarifa-teto (podendo, em situações de concorrência nos serviços públicos, ter incentivos a praticar valores inferiores), podendo usufruir da diferença entre seus custos e a tarifa-teto admitida durante determinado período, após o qual o processo de revisão tarifária busca devolver parcela dessa renda aos usuários, de modo a propiciar a modicidade tarifária.⁴¹⁷

Merece ser ainda tecida uma consideração sobre os serviços públicos concedidos, no que tange às tarifas.

Existe uma sensação de que essas aumentaram significativamente no país como decorrência do processo de desestatização, o que geralmente é atribuído pela população a ganhos excessivos por parte dos agentes econômicos que exploram esses serviços. Nesse

⁴¹⁵ Nesse sentido, STIGLER, George. Teoria da regulação econômica, p. 23.

⁴¹⁶ “Historicamente, a tarifação pelo custo foi o método adotado na maior parte dos serviços públicos no Brasil e no resto do mundo. Nesse caso, a atenção do regulador estará voltada para a taxa de retorno aplicada pela empresa. Tomando por base os dados obtidos no monitoramento dos custos e nas audiências públicas, ele irá definir a taxa de retorno para o investimento, a qual será aplicada aos custos de produção para se chegar, enfim, ao valor das tarifas. Portanto, o essencial nesse método de tarifação é determinar a taxa de retorno, pois ela é que define a tarifa inicial”. PIRES, José Cláudio Linhares. In SARAVIA, Enrique; PECI, Alketa; BRASÍLICO, Edson Américo. *Regulação, defesa da concorrência e concessões*. Rio de Janeiro: FGV, 2002, p. 75.

⁴¹⁷ Na prática, porém, os resultados da aplicação do modelo tarifário de *price cap* podem ser menos exitosos do que imaginado. Como constata Heleno Pioner, “em geral, a determinação do *price cap* leva em conta informações sobre os custos incorridos pela firma no período anterior, como forma de estimar os possíveis custos que ela terá no período seguinte. Problemas de assimetria de informação e de estimação podem levar a regra de *price cap* a ficar próxima a um resultado de *cost plus*, isto é, quando a tarifa máxima é determinada a partir dos custos reportados pela firma. Um segundo problema na implementação de regras de *price cap* está nos intervalos de recontração da tarifa. Idealmente eles seriam exogenamente determinados *ex ante*. Na realidade, o resultado operacional da firma concessionária associado a pressões políticas pode interferir no intervalo dessas recontrações. Se a firma apresentar retornos acima daqueles de firmas comparáveis no mercado, pressões políticas para a redução das tarifas devem aparecer; da mesma forma, se a firma incorrer em perdas que ameacem a viabilidade do empreendimento, haverá pressão para um reajuste acima do previsto pela regra inicial”. PIONER, Heleno. Análise da experiência internacional em regulação de aeroportos. In SALGADO, Lucia Helena e FIUZA, Eduardo (orgs.). *Marcos regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras?* Rio de Janeiro: IPEA, 2009, p. 180.

sentido, algumas denúncias foram realizadas aos órgãos de defesa da concorrência tendo por objetivo a condenação das concessionárias pela cobrança de preços excessivos.

No entanto, a parte da história que muitas vezes deixa de ser comentada reside em que, no Brasil, as tarifas praticadas anteriormente à privatização pouco guardavam de relação com o real custo do serviço. Práticas de subsídio cruzado e retenção artificial de aumentos tarifários, com a finalidade de conter a inflação, eram comuns.

Ocorre que, no momento em que se opta por conceder esses serviços à iniciativa privada, torna-se necessário fazê-los rentáveis. Essa decisão atrelada ao processo de desverticalização operado no momento pré-privatização realmente tiveram por efeito aumentos tarifários significativos. O que interessa ressaltar é que, previamente à desestatização houve também uma decisão política do governo de reequalizar as tarifas, passo prévio fundamental ao êxito dos leilões de privatização. Apenas a título ilustrativo, observa-se que entre os anos 1995 e 1997, período em que se desenvolve o processo de equalização do sistema tarifário dos serviços de telecomunicações, constata-se que “de uma só vez o governo brasileiro elevou em cinco vezes o valor da assinatura básica e em 80% o valor da chamada local”.⁴¹⁸

Por fim, como já anteriormente mencionado, a decisão de alienação dos blocos de controle, tendo por contrapartida a proposta de maior lance ou oferta, era um tipo de licitação que não favorecia à modicidade das tarifas, mas sim a captação de recursos por parte do governo por meio de recebimento do prêmio de controle.

Passamos a analisar abaixo as decisões do CADE envolvendo setores de infraestrutura que costumam ser caracterizados como monopólios naturais e serviços públicos, a fim de buscar argumentos que comprovem ou refutem a hipótese acima

⁴¹⁸ NOVAES, A. *apud* PINHEIRO, Armando Castelar. Reforma regulatória na infraestrutura brasileira: em que pé estamos?, p. 47. Esses aumentos tarifários como condição para viabilizar processos de desestatização não foram uma peculiaridade brasileira. Comentando o processo de desestatização do serviço de distribuição de água na Itália, Berti e Pezzoli observaram: “O aceno de liberalização que, no que concerne à distribuição de água potável, foi introduzido na lei recentemente aprovada, levou a uma grande onda de protestos políticos, pontualmente realizados e alimentados de uma estampa incapaz de exprimir uma opinião independente em defesa do caráter público de um bem como a água. Ninguém explicou a um público desconcertado que o que havia sido privatizado, de forma muito cautelosa, era apenas a gestão da distribuição e que os previsíveis aumentos de custos, contra os quais houve insurgência a níveis de escândalo, derivavam do estado de degradação no qual se encontra a rede de distribuição em decorrência da ausência de investimentos públicos. E ninguém explicou que, se não se deseja continuar a desperdiçar um terço dos recursos que ingressam na rede, tais custos devem ser sustentados, qualquer que seja a sua natureza, pública ou privada, do gestor do serviço”. BERTI, Lapo e PEZZOLLI, Andrea. *Le stagioni dell'antitrust: dalla tutela della concorrenza alla tutela del consumatore*. Turim: Egea, 2010, p. 17.

levantada. Esclarecemos que, no que tange às operações de concentração, os dados a seguir apresentados envolvem tanto os contratos firmados em decorrência das licitações para celebração de contratos de concessão como alterações de controle societário que ocorreram posteriormente à composição inicial do quadro societário da concessionária. Onde relevante para o desenvolvimento do argumento, faremos a diferenciação.

4.6.1 Energia elétrica

Desde a década de 1930, com a promulgação do Código de Águas (Decreto 24.643/34), a competência para legislar sobre fornecimento de energia elétrica é federal.

No que tange à prestação do serviço, na esteira de outros, o setor de energia elétrica foi objeto de profunda estatização na segunda metade do século XX, sendo marco desse movimento a criação da Eletrobras, em 1962.⁴¹⁹

Assim, anteriormente ao processo de desestatização, o setor era composto tanto por ativos federais (especialmente na geração e na transmissão) quanto estaduais (basicamente na distribuição: à exceção dos Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo, em que os ativos estavam sob responsabilidade de estatais federais, a Light e a Escelsa).⁴²⁰

Em termos históricos, o processo de desestatização vivenciado na década de 90 iniciou-se pelo setor de distribuição de energia elétrica, pois esse segmento da indústria apresentava-se em condições de conferir maior segurança ao investidor privado, tanto por ser a última etapa da cadeia produtiva, portanto menos suscetível ao risco governamental⁴²¹, como pelo fato de que, no momento em que a legislação de concessão e o novo marco regulatório do setor ainda estavam sendo elaborados, a distribuição de energia elétrica mostrava-se um segmento apto a ser regulado, em grande parte,

⁴¹⁹ Para um histórico do desenvolvimento do setor brasileiro de energia elétrica, ver LANDAU, Elena e SAMPAIO, Patrícia. O setor elétrico em uma visão introdutória. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação jurídica do setor de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

⁴²⁰ PINHEIRO, Armando Castelar. Reforma regulatória na infraestrutura brasileira: em que pé estamos?, p. 57.

⁴²¹ Caso se iniciasse o processo de desestatização pela geração, por exemplo, os investidores poderiam temer o risco de gerarem energia e não conseguir ter seus contratos adimplidos com as transmissoras e distribuidoras estatizadas.

basicamente por meio do contrato de concessão, independentemente de maior detalhamento da regulação, que ainda estava sendo editada.

Assim, as primeiras distribuidoras de energia elétrica a serem privatizadas – Light e Escelsa – foram-no ainda antes da promulgação do novo marco legal para o setor⁴²² e da criação da Agência Nacional de Energia Elétrica, esta última constituída na forma de autarquia em regime especial pela Lei 9.427, de 26.12.1996. No novo marco regulatório, foi determinado um processo de desverticalização, tendo sido introduzida competição na geração e na comercialização de energia elétrica, enquanto a transmissão e a distribuição foram reconhecidas como serviços públicos e disciplinadas a partir das diretrizes típicas da regulação dos monopólios naturais.

A Lei 9.427/96 confere à ANEEL, em alguns momentos, competências de natureza concorrencial, nos seguintes termos:

“Art. 3º Além das atribuições previstas nos (...), compete à ANEEL:

(...)

VIII - estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si;

(...)

IX - zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica;

(...)

Parágrafo único. No exercício da competência prevista nos incisos VIII e IX, a ANEEL deverá articular-se com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.”

Em razão da precedência histórica – como visto, a ANEEL foi a primeira agência reguladora instituída no bojo do plano de reforma do Estado – o setor elétrico foi o primeiro a enfrentar controvérsias decorrentes da relação entre regulação setorial e defesa

⁴²² A mudança do marco regulatório do setor elétrico iniciou-se com a promulgação da Lei 9.074/95, tendo sido complementada, principalmente, dentre outras, pelas Leis 9.427/96, 9.648/98 e 10.848/04. Esta última determinou a completa desverticalização da distribuição de energia elétrica relativamente aos demais segmentos da cadeia produtiva, além de ter introduzido o mecanismo de leilão para compra de energia no ambiente regulado.

da concorrência. O real teor dos dispositivos legais acima transcritos não é de fácil elucidação.

O inciso VIII atribui à ANEEL uma competência tipicamente regulatória, de ordenação dos mercados, ao conferir à agência reguladora poderes para limitar a possibilidade de transferência de controles societários que possam, em tese, limitar a concorrência. Essa atribuição tangencia o tema dos atos de concentração, dele se diferenciando pelo fato de ser aquela uma atribuição prévia da ANEEL (enquanto a análise de atos de concentração, à luz da Lei 8.884/94, não exigia submissão prévia), bem como por não seguir os critérios de notificação do art. 54, §3º, da Lei 8.884/94. Sendo atribuições com espaços de incidência e temporal, em princípio, distintos – embora possa haver interseções – o inciso VIII, a nosso ver, preserva as competências do CADE e dos órgãos auxiliares de defesa da concorrência.

O inciso IX, no entanto, dá azo a uma maior complexidade interpretativa. Literalmente, a norma atribui à ANEEL a função de “zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência”. Daria então essa norma competência para que a ANEEL aplicasse a Lei 8.884/94? Em havendo violação da legislação concorrencial, poderia a ANEEL sancionar o agente econômico desviante?

O parágrafo único do mesmo dispositivo legal prevê, ainda, que a ANEEL deverá articular-se com a SDE, mas não esclarece de que espécie seria essa articulação. Além disso, ao não ressaltar expressamente as competências do CADE, fez surgir fundadas dúvidas sobre quem aplicaria a Lei 8.884/94 ao setor de energia elétrica.⁴²³

Se nos ativermos à literalidade da norma poder-se-ia sustentar haver (i) isenção do órgão antitruste no que tange ao julgamento de questões concorrenciais, com a ANEEL aplicando a Lei 8.884/94; (ii) competências concorrentes, haja vista a previsão de que ANEEL e SDE deverão coordenar-se, sem indicar a letra da lei se a ANEEL poderia também decidir matérias concorrenciais, tal como o CADE; ou, ainda, (iii) competências complementares, sustentando que a coordenação entre SDE e ANEEL dá-se apenas no plano instrutório, cabendo ao CADE aplicar com exclusividade a Lei 8.884/94 e à agência

⁴²³ A aplicação da legislação concorrencial ao setor de energia elétrica ficara expressamente assegurada pelo inciso IX do art. 3º da Lei 9.427/96, de modo que a controvérsia ficaria circunscrita à competência para aplicá-la e, ainda, sobre se haveria derrogações decorrentes de a Lei 9427/96 ser posterior à Lei 8.884/94. O tema, como se verá a seguir, foi objeto de questionamentos principalmente no que tange à disciplina dos atos de concentração.

reguladora proceder à regulação técnica e econômica do mercado. Conforme se verá, a última interpretação terminou por prevalecer.

Tendo já sido analisado acima o contexto histórico do surgimento das agências reguladoras no Brasil, passamos agora a verificar como o CADE interpretou os dispositivos da Lei 9.427/96. Iniciaremos nossa abordagem a partir dos atos de concentração no setor de distribuição de energia elétrica passando, em seguida, ao setor de transmissão.

Nossa análise não inclui o segmento de geração de energia elétrica porque esse não apresenta a falha que é objeto de nossa investigação, qual seja, o monopólio natural, já que é possível a geração de energia elétrica a partir de diferentes matrizes – hidráulica, gás natural, óleo combustível, biomassa, eólica, fissão nuclear etc. – e por meio de empreendimentos de distintos portes – pequenas, médias e grandes centrais elétricas. Além de ser viável que duas geradoras, a partir da mesma fonte de matéria-prima, compitam entre si, é ainda possível a concorrência entre diferentes matrizes energéticas na geração de energia elétrica.⁴²⁴

Em suma, tal como em outros países,⁴²⁵ a indústria de energia elétrica, no Brasil, opera de forma desverticalizada, havendo, inclusive, vedação legal a que uma distribuidora de energia elétrica atue nos mercados de geração e transmissão (Lei 10.848/04).⁴²⁶

⁴²⁴ Trata-se, logicamente, de uma competição imperfeita, tanto pelos diferentes custos associados à produção de energia elétrica a partir das diferentes matrizes, quanto pelo fato de ser um setor bastante sensível a políticas públicas, sendo comum a presença de subsídios e outras formas de incentivo estatal a determinadas fontes de energia. Para um exemplo à luz do direito brasileiro, veja-se o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica – PROINFA, instituído pela Lei 10.438/2002. No voto relacionado ao ato de concentração 08012.005779/01-11, o Conselheiro Relator Cleveland Prates Teixeira observou que a SEAE adotara uma concepção ampla do mercado relevante de geração de energia elétrica, pois “as formas de geração concorrem entre si, e os consumidores de energia elétrica são indiferentes quanto à sua fonte primária, pautando as suas escolhas de acordo com os preços de cada alternativa”. No entanto, o próprio Relator ressaltou que “existe uma assimetria significativa de custos entre as diferentes fontes de energia. De maneira geral, os preços da energia elétrica gerada por usinas hidrelétricas no Brasil são inferiores aos de energia proveniente de termelétricas” (decisão citada por CALLIARI, Marcelo e CIANFARANI, Joana. A defesa da concorrência no setor elétrico. In LANDAU, Elena (org.). *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 426). Essas considerações foram feitas ainda sob a égide do antigo modelo setorial. Atualmente, o modelo de contratação de compra e venda de energia elétrica inaugurado pela Lei 10.848/04 e regulamentado pelo decreto 5163/04, que obriga as distribuidoras a contratarem 100% (cem por cento) da sua demanda por meio de um sistema de leilões (o ambiente de contratação regulada – ACR), igualmente restringe, de certa forma, essa competição entre matrizes energéticas, já que os leilões segregam algumas matrizes de outras.

⁴²⁵ Para uma análise das semelhanças com a experiência mexicana, ver CAMPOS, Josefina Cortés. *Derecho administrativo y sector eléctrico: elementos de regulación*. México: Porrúa, 2007, em especial o capítulo IV. Para considerações da perspectiva espanhola, ver LA CASTA, Eduardo Salinas. *El mercado de la energía*, p. 105 e ss. Sobre a desverticalização e a liberalização do setor elétrico no âmbito da União Europeia, ver

4.6.1.1 Distribuição de energia elétrica

Uma das primeiras questões surgidas no âmbito da concorrência nos setores regulados consistiu em saber se as operações de aquisição de controle acionário das distribuidoras de energia elétrica, decorrentes de procedimentos licitatórios no âmbito do Programa Nacional de Desestatização para exploração do serviço público de distribuição de energia elétrica (em regime de exclusividade por região geográfica previamente definida), eram ou não sujeitas ao artigo 54 da Lei 8.884/94.

Face à novidade que representava a introdução de agentes privados nesse segmento da cadeia produtiva do setor elétrico e a sua submissão expressa à regulação setorial e à autoridade da ANEEL, não havia entendimentos solidamente construídos acerca da competência das autoridades integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência para analisar os contratos decorrentes dos processos de desestatização em setores regulados.

Além disso, o setor de distribuição de energia elétrica caracteriza-se como monopólio natural e se encontra sujeito a um regime de concessão de serviço público com

ROLIM, Maria João C. Pereira. Regulação setorial e direito da concorrência: harmonização, discordâncias e objetivos – o exemplo da integração do mercado elétrico europeu. *Revista do Direito da Energia*. São Paulo, IBDE, ano VII, n. 010, dezembro 2010, p. 101/118. Ver, ainda, o relatório final do inquérito realizado pela Comissão Europeia de 2007, em que a autoridade comentou o êxito parcial da política de introdução da concorrência no setor e a necessidade de novas medidas. A Comissão ressaltou especificamente que, apesar das melhorias vislumbradas, subsistiam ainda dificuldades relacionadas à persistência de concentração/poder de mercado; fechamento vertical do mercado, pela insuficiente separação entre operação da rede e prestação de serviço de distribuição; dificuldades para integração dos mercados, em especial em regiões transfronteiriças; falta de transparência, dentre outras. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Comunicação da Comissão Inquérito nos termos do artigo 17.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 sobre os sectores europeus do gás e da eletricidade (relatório final)*. Bruxelas: Bruxelas, 10.01.2007, COM(2006) 851 final.

⁴²⁶ Esta lei alterou a redação da lei 9.074/95 para estabelecer: “Art. 4º, §5º. As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica que atuem no Sistema Interligado Nacional – SIN não poderão desenvolver atividades: I - de geração de energia elétrica; II - de transmissão de energia elétrica; III - de venda de energia a consumidores de que tratam os arts. 15 e 16 desta Lei, exceto às unidades consumidoras localizadas na área de concessão ou permissão da empresa distribuidora, sob as mesmas condições reguladas aplicáveis aos demais consumidores não abrangidos por aqueles artigos, inclusive tarifas e prazos; IV - de participação em outras sociedades de forma direta ou indireta, ressalvado o disposto no art. 31, inciso VIII, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nos respectivos contratos de concessão; ou V - estranhas ao objeto da concessão, permissão ou autorização, exceto nos casos previstos em lei e nos respectivos contratos de concessão”.

exclusividade, ou seja, não há concorrência no interior de cada área concedida, visto que, no modelo de regulação definido pela União Federal, cada área comporta apenas uma distribuidora, sem sobreposição de regiões geográficas. A esse respeito, veja-se trecho do voto do Conselheiro Thompson Andrade no ato de concentração 08012.009324/99-07, relativo à aquisição do controle acionário da Companhia Paulista de Força e Luz – CPFL por investidor privado:

“A CPFL atua no segmento de geração, distribuição e comercialização de energia elétrica a consumidores cativos (consumidores residenciais e comerciais, pequenas indústrias, propriedades rurais e prefeituras municipais) e a consumidores livres (grandes e médios consumidores industriais). Os consumidores cativos localizam-se nos limites geográficos de 234 municípios do Estado de São Paulo, enquanto os consumidores livres situam-se nas regiões sul, sudeste e centro-oeste do país.

Segundo enfatizou a SEAE, no mercado de distribuição de energia elétrica para consumidores cativos a estrutura tarifária e as tarifas máximas são controladas pela ANEEL, o que reduz a possibilidade de abuso da posição monopolista na forma de elevação de preço. (...)

Com base nas informações acima, e nos demais dados contidos nos autos, entendo que a operação em tela não cria nem reforça posição dominante nos mercados afetados.”

Em sentido semelhante, manifestou-se o Conselheiro Marcelo Calliari no ato de concentração 08012.010874/99-05:

“No que se refere à distribuição, particularmente para consumidores cativos, concordo com a definição que o CADE vem adotando para a dimensão geográfica como equivalente à área da concessão, dadas as barreiras regulatórias à entrada e a impossibilidade de este tipo de consumidor buscar alternativas (...). Assim, o mercado geográfico é constituído pelo Estado do Espírito Santo, onde a Escelsa detém 96.1% da distribuição de energia elétrica. Note-se, ademais, que o mercado de distribuição de energia elétrica para consumidores cativos tem extensa regulação, incluindo a estrutura tarifária e tarifas máximas controladas pela ANEEL, o que reduz a possibilidade de abuso econômico na forma de elevação de preços. De qualquer maneira, dado que a IVEN não atuava neste mercado, a operação representou uma mera substituição do controle sem alteração do grau de concentração de mercado.”

No entanto, o reconhecimento de ser a distribuição de energia elétrica um monopólio natural não afasta a relevância de algumas questões concorrenciais advindas de processos de desestatização.

No ato de concentração decorrente do processo de desestatização da LIGHT, por exemplo, foi mencionada a presença de integração vertical, dado que a CSN, que integrava o rol de empresas que adquiriram o seu controle no processo de desestatização, também era importante cliente da empresa. A operação foi aprovada sem restrições, em uma decisão que destacou o controle tarifário e as obrigações de isonomia no trato dos usuários do serviço concedido como limitadores da possibilidade de exercício de poder de mercado por parte do grupo controlador da concessionária de serviço público.⁴²⁷

Por outro lado, pode-se argumentar que, caso não haja determinações regulatórias impeditivas de que um mesmo agente econômico ou grupo de agentes econômicos controle diversas concessões de serviço público de distribuição de energia elétrica, pode existir um risco de que esse grupo adquira poder de mercado e, no futuro, pretenda exercê-lo, mediante, por exemplo, tentativa de captura da autoridade reguladora.

Assim, poder-se-ia, em tese, na ausência de controle antitruste, observar a formação de grandes conglomerados que, uma vez criados, possam ser de difícil disciplina pela autoridade reguladora. Resta questionar, no entanto, se o CADE tem competência para tratar desse tema com vistas a proteger o regulador, no futuro, de riscos atrelados à captura (proteção essa que, indiretamente, também tutelar o consumidor), caso a regulação setorial já preveja critérios objetivos de limite de participação de cada agente, por segmento da indústria, o que já ocorreu no passado,⁴²⁸ mas não está hoje presente no marco regulatório do setor.

⁴²⁷ “Como bem chamou atenção a SEAE, a operação de privatização da Light teve o condão de gerar uma concentração vertical. Entendo, ainda, que nesse caso houve também uma concentração horizontal visto que a CSN também integrou os dois consórcios que obtiveram a concessão para operar a usina hidroelétrica de Igarapava e para construção da usina termoeletrica de Pecém no Ceará. Note-se, ainda, que a empresa é proprietária da Central Termoeletrica no parque da Usina Presidente Vargas, cuja produção é destinada para consumo próprio. Contudo, a regulação do setor e o contrato de concessão celebrado exigem da Light tratamento não diferenciado entre usuários e impõe controle das tarifas, o que afasta o exercício de poder de mercado da CSN” (AC 08012.010642/99-11, Relator Conselheiro Mercio Felsky, j. em 16.08.2000).

⁴²⁸ Os artigos 3º a 5º da Resolução ANEEL 278/2000 (revogados pelas resoluções ANEEL 252/07 e 299/08) impunham limites de concentração por mercado e submercado. Havia, no entanto, autores críticos dessa regulação, sob o argumento de que a concorrência não se limita a uma questão estática de quantidade percentual de participação de mercado, mas sim dependeria de uma análise muito mais complexa e de caráter dinâmico. Além disso, haveria uma impropriedade em se definir simultaneamente, no texto normativo, mercados geográficos regionais e nacional para um mesmo serviço, como fazia a já revogada resolução da ANEEL. Nesse sentido, PEREIRA, Edgard Antonio e HILAL, Juliana Munhoz. Comentários à Resolução proposta pela ANEEL sobre limites e condições para participação societária dos agentes econômicos com atividades no setor de energia elétrica. In PEREIRA, Edgard; LAGROTERIA, Eleni e LEAL, João Paulo G. *Regulação e concorrência: estudos e pareceres econômicos*. São Paulo: Singular, 2004, p. 207 e ss.

Fato é que a pesquisa realizada nos julgados do CADE não encontrou qualquer intervenção do Conselho sobre esse setor, tendo todas as operações notificadas sido aprovadas sem qualquer restrição. Também não foram encontrados averiguações preliminares ou processos administrativos de investigação por práticas anticompetitivas.

■ Total de casos julgados:	27
■ Atos de concentração – Total:	27
■ Aprovados sem restrições	27
■ Aprovados com restrições	zero
■ Reprovados	zero
■ Averiguação preliminar:	zero
■ Processos administrativos:	zero

4.6.1.2 Transmissão de energia elétrica

O setor de transmissão de energia elétrica também se caracteriza por ser um monopólio natural, sendo a atividade reconhecida como serviço público de competência da União Federal, por força do art. 21 da Constituição Federal e da legislação setorial em vigor.

Trata-se de um segmento em que convivem as iniciativas pública e privada, pois nesse, ao contrário da distribuição, o processo de desestatização ocorreu, principalmente, não pela transferência da gestão de ativos públicos já existentes para a iniciativa privada, mas por uma política de expansão do setor, com a outorga, pela União Federal, mediante licitação, de direitos de construção, operação e manutenção de novas linhas de transmissão. A finalidade dessa decisão política era aumentar a rede de transmissão do País e tornou-se uma prioridade especialmente após o programa de racionamento de energia elétrica vivenciado entre 2001 e 2002.

O Brasil possui um dos mais complexos sistemas de transmissão de energia elétrica, pois a imensa maioria do território nacional encontra-se interligada em uma única rede – o Sistema Interligado Nacional – que despacha as geradoras de energia elétrica a partir de um critério de mérito, cuja operacionalização é responsabilidade do Operador Nacional do Sistema – ONS, associação civil privada, sem fins lucrativos e sob supervisão da ANEEL, cuja composição envolve agentes dos diferentes segmentos do setor de energia elétrica e o governo.⁴²⁹ Nesse sentido, Miguel Tebar Barrionuevo, em ato de concentração que tratava da alteração de controle de transmissora de energia elétrica, constatou:

“Conforme informou a ANEEL por meio do Ofício 43/2002, o segmento de transmissão de energia elétrica no Brasil é planejado de forma determinativa pelo governo federal e trata-se de um monopólio regulado, não atuando, portanto, sob a forma de concorrência. Tal planejamento por parte do governo é indispensável para que o sistema de transmissão de energia elétrica, controlado por inúmeras empresas, estejam interligados. A disponibilidade das linhas de transmissão é concedida às empresas por meio de licitações”.⁴³⁰

O Conselheiro Ricardo Cueva igualmente observou:

“Ademais, o setor de transmissão de energia elétrica é caracterizado por ser monopólio natural, onde as concessionárias de serviços de transmissão de energia elétrica atuam em um ambiente regulado pelo Operador Nacional do Sistema (ONS), que opera e administra as linhas de transmissão da rede básica, conforme o Decreto n. 2.655, de 02 de julho de 1998. Além disso, compete à Agência Nacional de Energia Elétrica regular as tarifas e estabelecer as condições gerais de contratação do acesso e uso dos sistemas de transmissão”.⁴³¹

⁴²⁹ Para uma visão do histórico da regulação do setor de transmissão de energia elétrica e o seu funcionamento ver, RENNO, Marília e SAMPAIO, Patrícia. Transmissão de energia elétrica: apresentação do modelo brasileiro. In LANDAU, Elena (coord.). *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 301 e ss.

⁴³⁰ AC 08012.000183/2002-23, Conselheiro Relator Miguel Barrionuevo, j. em 14.08.2002. No mesmo sentido, AC 08012.008101/2009-48, Relator Conselheiro Carlos Ragazzo, j. em 11.11.2009; AC 08012.006048/2001-93, Relator Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Junior, j. em 06.03.2002; AC 08012.010195/2007-53, Relator Conselheiro Luiz Carlos Prado, j. em 10.10.2007; AC 08012.000330/2008-33, j. em 19.03.2008; AC 08012.003680/2009-32, Relator Conselheiro Paulo Furquim, j. em 08.07.2009; AC 08012.009203/2009-81, Relator Conselheiro Olavo Chinaglia, j. em 20.01.2010.

⁴³¹ AC 08012.002773/2008-52, j. em 04.06.2008.

Interessantes observações são feitas pelo Conselheiro César Mattos a respeito do mercado de transmissão de energia elétrica:

“Não obstante a existência de aparente concentração horizontal decorrente da presente operação, como já salientado pela SEAE em seu parecer e amparado em repetidos precedentes deste Conselho, o mercado de transmissão constitui-se em monopólio natural, regulado pela agência setorial. Assim, cada linha concedida constitui-se em um mercado à parte, monopolizado pelo agente transmissor, que, por sua vez, tem suas atividades de transmissão determinadas pelo Estado, por meio do Operador Nacional do Sistema.

(...)

Não somente isso, mas, no atual modelo energético adotado no país, a atividade de transmissão sequer pode ser considerada, rigorosamente falando, como um mercado. Não há ambiente competitivo a ser protegido pela autoridade antitruste.

De fato, a companhia transmissora de energia sequer é remunerada pela energia efetivamente transportada, mas pela capacidade instalada. Essa remuneração, frise-se, se dá através da Receita Anual Permitida, paga pelo Governo, a partir das tarifas cobradas dos geradores e distribuidores referente ao uso do Sistema Interligado Nacional.

No entanto, o usuário da linha de transmissão não escolhe a linha por meio da qual transportará a energia gerada ou adquirida. Esse cargo se insere na competência do Operador Nacional do Sistema, que age independente da vontade do usuário e do próprio agente detentor da linha de transmissão.

Assim, além de não há [haver] concentração decorrente da operação, não há ambiente de competição a ser preservado pela autoridade antitruste.”⁴³²

Ocorre, no entanto, que o marco regulatório do setor elétrico não veda que uma empresa de transmissão participe na atividade de geração. Anteriormente à edição da Lei 10.848/04 era também admitida a participação na atividade de distribuição, a qual teve, no entanto, de ter integralmente desverticalizada com a mudança do marco regulatório.

Por essa razão, não é difícil encontrar atos de concentração decorrentes do processo de desestatização do setor elétrico em que, ademais do segmento de transmissão, foram simultaneamente transferidos à iniciativa privada ativos relacionados aos segmentos de geração e distribuição em uma dada localidade.⁴³³

⁴³² AC 011169/2008-23, Relator Conselheiro Cesar Mattos, j. em 25.03.2009. Interessante observar que o caso trazia integração vertical que, no entanto, não despertou preocupação concorrencial: “por outro lado, observa-se uma integração vertical entre as áreas de atuação das Requerentes, quais sejam, transmissão e construção e montagem de infraestrutura de transmissão de energia elétrica”.

⁴³³ No que tange à distribuição, como visto, após o advento da Lei 10.848/04, foi determinada a sua total desverticalização.

Exemplificando, veja-se o ato de concentração referente ao processo de desestatização da CELPA, no qual o Conselheiro Celso Campilongo definiu como mercados relevantes da operação “os de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, para consumidores cativos nos municípios em que a CELPA dispõe de concessão, e para os livres, no que tange à geração, o sistema interligado Norte/Nordeste”.⁴³⁴

Em outras situações, observou-se integração vertical entre o serviço de transmissão de energia elétrica e as empresas de engenharia capazes de construí-las. No julgamento do ato de concentração 08012.003639/2009-66, o Conselheiro Vinicius Carvalho observou:

“8. Segundo a SEAE, a operação acarretará integração vertical entre as atividades de transmissão de energia elétrica desenvolvida pela CTEEP e a prestação de serviços de construção na área de transmissão de energia, desenvolvida pela Araucária.

9. Contudo, constata-se que a integração vertical decorrente da operação é insignificante para provocar o fechamento do mercado, vez que existem diversas empresas atuantes no segmento de construção de linhas de transmissão de energia e no segmento de transmissão de energia (concessionária)”.⁴³⁵

Este é um ponto relevante na análise dos atos de concentração envolvendo indústrias que dependem da construção e operação de redes de infraestrutura. É possível que os acionistas da empresa ofertante do serviço sejam fornecedores ou clientes estratégicos desse serviço.

Dessa forma, a autoridade concorrencial pode ter um papel relevante a desempenhar, no sentido de não permitir integrações verticais que tornem a indústria em questão propensa a práticas discriminatórias, com o detentor da rede buscando abusar de sua posição dominante em algum mercado verticalmente relacionado. Pode, ainda, evitar a criação de grupos excessivamente concentrados no controle dessas atividades, a partir da análise de atos de concentração de dimensão conglomerada.

⁴³⁴ AC 08012.002551/2000-18, Relator Conselheiro Celso Campilongo, j. em 06.12.2000. No mesmo sentido, AC 08012.002445/2000-52, Relator Conselheiro Thompson Andrade, j. em 30.05.2001.

⁴³⁵ O ato de concentração foi aprovado sem restrições. AC 08012.003639/2009-26, j. em 08.07.2009. Em sentido semelhante, AC 08012.003640/2009-18, j. em 16.09.2009, Relator Conselheiro Olavo Chinaglia; e AC 08012.009617/2009-18, Relator Conselheiro Carlos Ragazzo, j. em 20.01.2010.

Apesar de, como aponta a jurisprudência do CADE, cada linha de transmissão de energia elétrica ser, em si, um mercado (geográfico) distinto, caracterizado como monopólio natural, não se pode desconsiderar que, tendo em vista o que dispõe a Teoria da Regulação Econômica sobre risco de captura e grupos de interesse, a excessiva concentração desses ativos sob a titularidade de um único ou de poucos agentes econômicos, por hipótese, poderá gerar efeitos deletérios à sociedade.

É interessante observar que, no que tange às infrações anticompetitivas, o setor já foi objeto de uma averiguação preliminar, decorrente de uma acusação, formulada pela própria agência reguladora (ANEEL), de que uma concessionária de transmissão de energia elétrica teria violado a Lei 8.884/94, mediante a imposição de preços excessivos (arts. 20 c/c 21, XXIV), por ter, em uma licitação para contratação de obra de engenharia, firmado contrato com a empresa que forneceu o segundo melhor preço.

A acusação envolvia ainda uma alegação de favorecimento, pois a empresa que contratou com a concessionária pertencia ao seu grupo econômico. A concessionária, por sua vez, defendeu-se alegando que a melhor proposta apresentada na licitação era manifestamente inexequível, nos termos em que essa expressão havia sido prevista no edital, defesa essa que restou acolhida pelo CADE, tendo sido arquivada a averiguação preliminar.⁴³⁶ Na linha dos pareceres da SEAE e da SDE, o CADE entendeu que, uma vez que o mercado de transmissão de energia elétrica tem seus preços regulados pelas autoridades reguladoras, na forma de tarifa, eventual pagamento a maior pela obra, por parte da concessionária, como resultado da contratação da segunda colocada na licitação, não poderia ser repassado na tarifa ao usuário final, tendo a ANEEL competência para coibir eventuais tentativas nesse sentido. Dessa forma, não havia restado caracterizado o potencial da conduta para produzir qualquer dos efeitos vedados pelo art. 20 da Lei 8.884/94.

Em suma, até o presente momento não houve qualquer intervenção do CADE sobre o setor de transmissão de energia elétrica, o que poderia indicar, em uma primeira leitura, a

⁴³⁶ AP 08012.006212/2003-24, j. em 28.10.2009, Relator Conselheiro César Costa Alves de Mattos. A decisão restou assim ementada: “Averiguação preliminar. Suposta infração à ordem econômica – art. 21, XXIV, da Lei n. 8.884/94. Representação da ANEEL contra a Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia – Coelba, concessionária de serviço público de transmissão de energia elétrica que contratou a empresa que ofereceu o segundo menor preço para execução de serviços em linha de transmissão. Pareceres convergentes da SDE, ProCADE e MPF pelo arquivamento do processo. Arquivamento da Averiguação Preliminar”.

favor do reconhecimento de uma isenção antitruste no que tange ao controle de concentrações.

No entanto, as preocupações concorrenciais trazidas ao longo da análise, tanto no que se refere às integrações verticais quanto às operações conglomeradas, indicam no sentido da utilidade de se preservar a competência da autoridade antitruste sobre a matéria.⁴³⁷

Em síntese, a pesquisa realizada retornou os seguintes dados acerca dos julgados do CADE envolvendo o setor de transmissão de energia elétrica:

■ Total de casos julgados:	21
■ Atos de concentração – Total:	20
■ Aprovados sem restrições	20
■ Aprovados com restrições	zero
■ Reprovados	zero
■ Averiguação preliminar:	01 (arquivada)
■ Processos administrativos:	zero

4.6.2 Transportes

Neste item abordaremos se as autoridades de defesa da concorrência são competentes para analisar atos de concentração e práticas anticompetitivas observadas nos mercados de concessão de ferrovias, concessão de rodovias, arrendamento portuário e infraestrutura aeroportuária.

A escolha desses quatro segmentos da cadeia logística decorre do fato de serem setores reconhecidos pela literatura como monopólios naturais e serem objeto de regulação por diversos órgãos e entidades da Administração Pública, com destaque para as agências

⁴³⁷ O que não significa, por outro lado, que a solução trazida pela Lei 8.884/94 e a Súmula 3 do CADE fossem as mais adequadas. Votaremos a esse tema no capítulo V.

reguladoras, quais sejam, a Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT, a Agência Nacional de Transporte Aquaviário – ANTAQ e a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC. Cumpre esclarecer ainda que, no sistema constitucional de divisão de competências, há concessões rodoviárias outorgadas pelos Estados da federação (as rodovias estaduais), que serão reguladas por órgãos ou entidades estaduais.

O estudo realizado cinge-se aos casos que envolveram infraestrutura de transporte – rodovias, ferrovias, portos, aeroportos – estando excluídos da investigação os atos de concentração e processos administrativos relativos a agentes econômicos que operam nos setores de transporte (movimentação) de mercadorias e passageiros por esses distintos modais.

Os serviços de transporte de mercadorias e passageiros são geralmente reconhecidos como mercados competitivos quando a regulação permite a dissociação entre o serviço e a infraestrutura que lhes serve de suporte (como ocorre, de forma bastante marcante, por exemplo, nos transportes rodoviário e aéreo). Essas atividades são, em realidade, usuárias dos serviços prestados pelos setores da economia que são objeto da presente análise. Essa divisão, por outro lado, é menos clara no segmento de ferrovias, embora institutos regulatórios como o tráfego mútuo e o direito de passagem possam ser utilizados para permitir que vagões de uma concessionária transitem sobre a malha ferroviária de outra.⁴³⁸

⁴³⁸ A diferença básica entre os institutos reside em que “no tráfego mútuo a concessionária acessante realiza o transporte até um ponto e entrada na malha da concessionária acessada, sendo que, a partir daí, o transporte é complementado pela detentora da via – ou seja, ocorre o intercâmbio de vagões, ou excepcionalmente, de carga entre concessionárias, sendo que uma acaba por não trafegar na malha de outra concessionária. Nesse mecanismo ocorre o compartilhamento de recursos operacionais, sendo que a concessionária detentora da malha acessada efetivamente realiza uma parcela do transporte contratado pelo usuário. Por sua vez, no direito de passagem, a concessionária acessante adentra na malha acessada com sua própria tração, ou seja, compartilha-se apenas a via propriamente dita, com a definição prévia de um sistema de licenciamento de trens. PEREIRA NETO, Caio Mário; PINHEIRO, Luis Felipe Valentim; ADAMI, Mateus Piva. Tráfego mútuo e direito de passagem como instrumentos para compartilhamento de infraestrutura no setor ferroviário. In SCHAPIRO, Mario Gomes. *Direito econômico regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 203.

4.6.2.1 Concessão de ferrovias

O setor ferroviário é historicamente reconhecido como sendo um monopólio natural: dados os elevados custos afundados e as economias de escala, não se mostra economicamente eficiente, no mais das vezes, haver duas linhas férreas construídas paralelamente, ligando os mesmos pontos de origem e destino.⁴³⁹

No entanto, constrictões como essa dão ensejo a preocupações concorrenciais, especialmente em um cenário de ausência de regulação. Foram problemas concorrenciais e de restrição ao comércio no transporte ferroviário interestadual que levaram à criação, em 1887, daquela que é considerada historicamente a primeira dentre as agências reguladoras: a *Interstate Commerce Commission – ICC*, nos Estados Unidos. Um tema essencial nesse setor reside no acesso, por uma concessionária, à malha da outra, o que pode ser disciplinado por meio de normas regulatórias. No Brasil, existe disciplina normativa sobre tráfego mútuo e direito de passagem nas ferrovias.⁴⁴⁰

O setor de transporte ferroviário brasileiro foi objeto de processo de desestatização na década de 90, tendo se operado a delegação, à iniciativa privada, de vários trechos ferroviários da antiga Rede Ferroviária Federal S.A. – RFFSA, mediante contratos de concessão de serviço público de transporte (de cargas e/ou passageiros), conforme o caso, bem como de arrendamento dos bens públicos (a infraestrutura) atrelados à prestação do serviço. É de se notar que a ANTT somente foi constituída em 2001, por meio da Lei 10.233, quando grande parte da malha ferroviária já havia sido delegada à iniciativa privada, tendo em vista que a etapa principal da desestatização ocorreu entre 1996 e 1998.⁴⁴¹

⁴³⁹ Um interessante estudo mostrando como a passagem de um modelo de mercado puramente concorrencial para uma regulação substantiva contribuiu para uma maior eficiência no transporte ferroviário, na Inglaterra do século XIX, é apresentado por FOREMAN-PECK. *Natural Monopoly and Railway Policy in the Nineteenth Century. Oxford Economic Papers*, New Series, v. 39, n. 4 (Dec., 1987), pp. 699-718.

⁴⁴⁰ Ver, sobre o tema, RIBEIRO, Mauricio Portugal. Aspectos jurídicos e regulatórios do compartilhamento de infraestrutura no setor ferroviário. *Revista do IBRAC*. São Paulo, IBRAC, ano 12, n. 6, 2005, p. 163/173.

⁴⁴¹ A Constituição Federal estabelece a competência privativa da União sobre a gestão do transporte ferroviário (art. 21, XII, 'd'), tendo a Lei 8.693/93 operado a delegação do transporte ferroviário coletivo de passageiros, nas áreas urbanas, aos Estados e municípios. A RFFSA, por sua vez, foi incluída no PND ainda em 1992, embora a sua privatização, de fato, somente tenha ocorrido entre 1996 e 1998. Em 1996, o Decreto Presidencial 1832 estabeleceu o novo marco regulatório do setor ferroviário, o qual foi complementado pela Lei 10.233/01, que criou a ANTT. No regime atual, as concessionárias de ferrovia têm seus preços controlados pela autoridade reguladora, através do modelo tarifário de *price cap*.

Apesar da sua característica de monopólio natural, a jurisprudência do CADE demonstra haver casos em que restam relevantes questões concorrenciais a serem dirimidas envolvendo o setor de transporte ferroviário, e que justificam a manutenção da competência das autoridades de defesa da concorrência sobre essa indústria. Nesse aspecto, é interessante notar que a doutrina e a jurisprudência do CADE observam a possibilidade de o setor experimentar competição, especialmente no que tange à concorrência intermodal.⁴⁴²⁻⁴⁴³

Assim, não raro a análise do mercado relevante é feita tendo em consideração se se trata de mercadoria cativa do modal ferroviário ou mercadoria não-cativa (ou seja, que pode ser transportada, de forma economicamente viável, por dois ou mais modais). Este tende a ser o caso de mercadorias com alto valor agregado e que serão transportadas a distâncias relativamente pouco extensas; nessas situações, a concorrência intermodal pode ser bastante efetiva.⁴⁴⁴

Nesse sentido, observou a Conselheira Hebe Romano em ato de concentração ocorrido no setor ferroviário:

“Em relação as barreiras à entrada, dadas as características do negócio em que são elevados os investimentos fixos e os custos irreversíveis (*sunk costs*), neste ponto são consideradas elevadas. Normalmente as ferrovias são consideradas como monopólio natural. Este monopólio só será possível no setor de minério, onde existem as cargas de exclusividade da ferrovia, como por exemplo, a bauxita. Os outros modais podem realizar o serviço de transporte de longa distância. Portanto, não considero relevante as barreiras à entrada no mercado de transporte de longa distância para a maioria dos produtos que se utilizam dos serviços da Malha Paulista, conforme entendimento da SEAE.”⁴⁴⁵

⁴⁴² Na visão de Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, “o setor ferroviário foi aquele em que a regulação mais confiou na competição – em especial na competição intermodal, com os transportes rodoviário, aquaviário e dutoviário – para proteger os usuários e facilitar a atuação do regulador. Apenas os clientes cativos, que não dispõem de meios alternativos de transporte com custos razoáveis, mostraram precisar de proteção do regulador. O resultado tem sido predominantemente positivo, dada a prevalência do transporte rodoviário no Brasil, observando-se significativos aumentos de produtividade e a reabilitação de partes críticas da malha ferroviária”. *Direito, economia e mercados*, p. 334.

⁴⁴³ Ver, dentre outros, ato de concentração 08012.001157/00-81, rel. Conselheiro Mercio Felsky, j. em 02.05.2001.

⁴⁴⁴ Ver, nesse sentido, ato de concentração 08012.003281/2001-14, j. em 21.05.2003, Relator Conselheiro Cleveland Prates.

⁴⁴⁵ AC 08012.009666/98-00, j. em 23.02.2000, Relatora Conselheira Hebe Romano.

Na mesma linha, em ato de concentração no qual se pedia a aprovação para a integração entre duas malhas ferroviárias distintas, após afirmar que a Secretaria de Acompanhamento Econômico havia decidido inexistir concentração horizontal, o Conselheiro Luis Fernando Schuartz afirmou:

“A questão da existência ou não de concentração horizontal resultante do ato notificado é, não obstante, mais complexa do que as reiteradas referências à suposta característica de monopólio natural da atividade de transporte ferroviário sugerem à primeira vista, dada a possibilidade aparente de utilização das malhas ferroviárias distintas para exportação de determinados produtos que trafegam pela ferrovia, notadamente a soja e seus derivados. Do fato de cada ferrovia possuir um traçado próprio, não se pode inferir necessariamente que inexistente relação de competição entre as malhas, pois as condições – incluindo as comerciais – vigentes para o transporte de um determinado ponto de origem a um determinado ponto de destino podem ser tais que façam duas ou mais ferrovias aparecerem, para um conjunto não desprezível de demandantes, como canais de transporte substituíveis entre si.

No presente caso, em particular, verifica-se a existência de uma importante divisão de rotas logísticas de produtos agrícolas do Centro-Oeste brasileiro (sobretudo soja e seus derivados) com destino ao exterior, com utilização de dois principais portos para estes fins: o Porto de Paranaguá, no Paraná e o Porto de Santos, em São Paulo (subsidiariamente, usa-se também o Porto de São Francisco do Sul, em Santa Catarina). A proximidade de preços entre as alternativas dependendo da origem é afirmada nos autos por alguns usuários dos serviços, além da preocupação com um eventual aumento de preços após a operação – efetivamente ocorrido em certos casos. Isto pode valer, inicialmente, como um indicador da existência de algum grau de concorrência entre os serviços prestados pela ALL e BF e de que, em algum grau, uma funcionava enquanto fonte de pressões competitivas em relação à outra e vice-versa. O exame das quantidades e dos preços de escoamento de produtos de importância no volume transportado e na receita das ferrovias envolvidas, quais sejam, (i) soja e seus derivados e (ii) açúcar, serve, a meu ver, para corroborar essa impressão inicial.

(...)

A se confirmar a relação de concorrência (aqui sugerida a partir dos indícios apresentados supra) para um determinado conjunto de exportadores, entre serviços de transporte ferroviário ofertados pelas participantes do ato notificado, ter-se-ia, em decorrência deste último, uma concentração horizontal capaz de gerar sérias preocupações de natureza concorrencial. No caso, os exportadores em questão enfrentariam um monopólio no transporte ferroviário dos produtos até os portos de embarque dos seus produtos para o exterior, restando-lhes, como única alternativa, o transporte por rodovia (o qual sabidamente é menos eficiente para distâncias muito longas).”

O Conselheiro Relator destacou, no caso acima narrado, a presença, em tese, de preocupações tanto horizontais quanto verticais.

No que tange à concentração horizontal, essa decorreria de que, para alguns exportadores, as ferrovias operadas pelas Requerentes, até então de forma autônoma, poderiam ser consideradas concorrentes na logística de escoamento da produção para fins de exportação, tendo por porta de saída os portos de Santos ou Paranaguá.

Haveria, ainda, preocupações de natureza vertical, pois que uma das sócias das concessionárias de ferrovias também participava do capital de indústrias exportadoras, o que poderia, em tese, tornar interessante a prática de discriminação e aumento dos custos dos rivais. Além disso, essa sócia também participava de empresas atuantes no transporte rodoviário de cargas, o que poderia incentivá-las a adotar mecanismos de integração da logística ferrovia-rodovia, com práticas tendentes a incrementar os custos das transportadoras independentes.⁴⁴⁶

Na decisão transcrita, foi reconhecida a relevância de se proceder à análise antitruste, apesar de o mercado de transporte ferroviário de cargas já ser, em si, objeto de regulação setorial da União Federal (anteriormente, pelo Ministério dos Transportes e, atualmente, pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT) e considerado, recorrentemente, monopólio natural.⁴⁴⁷

No caso narrado, inclusive, foram impostas restrições à aprovação da operação, formalizadas em Termo de Compromisso de Desempenho, no qual as Requerentes se obrigaram, dentre outras medidas, a metas para alcance das eficiências alegadas com a operação, restrições comportamentais visando à redução do risco de adoção de estratégias

⁴⁴⁶ O Conselheiro Relator assim resumiu as preocupações de natureza vertical, a partir do parecer da SEAE: “A SEAE entendeu que a implementação do ato notificado também geraria preocupações concorrenciais em razão da relação vertical existente entre o transporte rodoviário e ferroviário, entre este último e as atividades dos operadores logísticos, e entre o mesmo e as operações portuárias para exportação e importação de produtos. Essas preocupações ocorreriam tendo em vista a possibilidade de fechamento de mercado e aumento de custos de rivais (i) aos produtores de soja e (ii) aos transportadores independentes” (Voto do Conselheiro Relator Luis Fernando Schuartz no AC 08012.005747/2006-21, j. em 18.04.2007). A decisão do CADE restou assim ementada: “Ato de concentração. Verificação de possíveis efeitos anticompetitivos em mercados relevantes de logística e transporte ferroviário de cargas. Aprovação do ato notificado condicionada à imposição de restrições de natureza comportamental. Obrigação de dar publicidade a preços e outras condições comerciais em relação a clientes e transportadores rodoviários de carga. Necessidade de definição de Termo de Compromisso de Desempenho de acordo com o disposto no art. 58 da Lei n. 8.884/94, para obtenção das eficiências alegadas”.

⁴⁴⁷ No mesmo sentido, veja-se decisão em ato de concentração envolvendo a malha ferroviária no interior do Porto Organizado de Santos. Após afirmar que “de acordo com a SEAE, o mercado relevante é definido como o transporte ferroviário de cargas na área interna do Porto de Santos”, o Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto observou que “a prestação dos serviços no mercado relevante definido consiste em um monopólio natural, sendo que a operação apenas promove a mudança de agentes no mercado, com a saída de um agente público e a entrada de um privado” (AC 08012.002917/00-20, j. em 30.05.2001).

e condutas discriminatórias dos rivais nos mercados de logística e transporte ferroviário (tais como divulgação dos indicadores médios de desempenho, publicidade dos preços praticados para operações acessórias à prestação do serviço ferroviário, publicidade da política de descontos), sendo o descumprimento do Compromisso sujeito à sanção.

O setor de ferrovias também já foi objeto de um processo administrativo, no qual a SDE investigou, *ex officio*, se uma mineradora que também era concessionária do transporte ferroviário que atendia a uma determinada mina discriminava preços e condições do serviço a outra mineradora concorrente, basicamente mediante (i) a exigência de exclusividade no uso da ferrovia; e (ii) por cobrar um preço superior para a quantidade de produto movimentado que ultrapassasse 8,5 milhões de toneladas/ano.

O caso terminou sendo arquivado, tendo o CADE decidido que a situação não envolvia conduta anticompetitiva, pois (i) quanto à exclusividade, a cláusula contratual apenas refletia uma situação de fato, já que não era economicamente viável que a usuária do transporte buscasse uma via alternativa para escoamento da sua produção de minério; e (ii) o valor superior cobrado para o volume excedente a 8,5 milhões de toneladas/ano era justificado objetivamente, pois refletia investimentos adicionais que a mineradora que operava a ferrovia necessitaria fazer para movimentar esse volume adicional da concorrente, consistente em obras para redução de estrangulamento da malha ferroviária. Além disso, o volume de exportações da concorrente, por meio da ferrovia, havia aumentado significativamente na última década, enquanto a movimentação da concessionária da ferrovia havia diminuído, o que seria incompatível com uma prática de discriminação ou aumento de custos dos rivais.⁴⁴⁸

Da perspectiva quantitativa, nossa pesquisa retornou o seguinte cenário relativamente às decisões do CADE envolvendo o setor de concessões ferroviárias:

⁴⁴⁸ A decisão do CADE possui a seguinte ementa: “Processo Administrativo. Instaurado *ex officio* pela SDE contra a CVRD no curso da instrução do Ato de Concentração 08000.013801/97-52. Práticas anticompetitivas contra a S/A Mineração Trindade - Samitri. Condutas previstas nos incisos V, XII e XXIV do art. 21 da Lei 8.884/94. Prática restritiva vertical. Mercado relevante (mercado de origem): mercado regional de transporte ferroviário de carga. Mercado relevante (mercado “alvo”): mercado internacional de minério-de-ferro. CVRD é monopolista no mercado de origem. Não configuração das condutas imputadas à Representada. Arquivamento do processo”. (PA 08012.007285/99-78, j. em 28.04.2004)

■ Total de casos julgados:	13 ⁴⁴⁹
■ Atos de concentração – Total:	12
■ Aprovados sem restrições:	10
■ Aprovados com restrições:	02
■ Reprovados:	zero
■ Averiguação preliminar:	zero
■ Processos administrativos:	01 (arquivado)

4.6.2.2 Portos⁴⁵⁰

Na esteira do processo de desestatização que marcou a década de 1990, também o setor portuário sofreu profunda modificação em sua disciplina, tendo-se inaugurado uma nova fase, em matéria de regulação, a partir da autorização legal para a extinção, em 1990, da estatal que até então atuava como a *holding* do setor – a Empresa de Portos do Brasil S.A. – Portobras, que controlava as companhias docas,⁴⁵¹ e o advento da Lei 8.630/93 – a Lei de Modernização dos Portos.

⁴⁴⁹ Aos resultados obtidos mediante pesquisa pela chave de busca foi acrescido o ato de concentração que analisou a privatização da Vale S.A., à época Companhia Vale do Rio Doce, e as aquisições subsequentes por ela efetivadas. Como resultado da análise conjunta de várias operações, o Conselheiro Relator votou pela: “aprovação da operação nos seguintes termos: (1) Determinação de criação de subsidiárias integrais, uma para a EFVM e outra para a EFC; (2) Recomendação de celebrar termos aditivos entre a concessionária e o concedente com a inclusão das EFVM e da EFC na sistemática de avaliação definida na Portaria 447/98 e na norma complementar nº 3/99; (3) Análise em conjunto (conexão), por economia processual, dos processos relativos a Atos de Concentração, em que houver interesse da CVRD, em havendo identidade de objeto, tendo em vista potenciais efeitos sobre a logística de transportes e o mercado de minério de ferro. Alternativamente aos itens 1 e 2, poderá a Representada assinar Termo de Compromisso de Desempenho em que figure solução equivalente quanto aos efeitos concorrenciais pretendidos, a ser aprovado pelo plenário da CADE”. Julgado em 30.05.2001.

⁴⁵⁰ Tendo em vista o objetivo da presente tese, circunscrito aos setores de infraestrutura, não se abordará neste tópico preocupações concorrenciais relacionadas ao fato de a legislação em vigor permitir a fixação da quantidade de práticos por parte da autoridade portuária, o que poderia, em tese, constituir uma barreira à entrada. Ver, sobre essa discussão, as considerações do CADE constantes do seu Relatório Anual 1998/1999, p. 150/151.

⁴⁵¹ A Portobras foi extinta por autorização da Lei 8.029/90. Sobre os avanços e as preocupações concorrenciais surgidas com o advento do novo marco legal do setor, ver OLIVEIRA, Gesner e MATTOS,

Nesse novo marco regulatório, os terminais portuários foram divididos em públicos e privativos, sendo os primeiros localizados no interior dos portos públicos e destinados à movimentação de cargas de terceiros. Os últimos, localizados dentro ou fora dos portos organizados, destinam-se à movimentação apenas de carga própria (terminais privativos de uso exclusivo), ou própria e de terceiros (terminais privativos de uso misto).

Para a exploração de instalações portuárias no interior de portos públicos, a Lei 8.630/90 exige a realização de prévia licitação para celebração de contrato de arrendamento. Já os terminais de uso privativo são geralmente objeto de mera autorização setorial, desde que situados fora dos portos públicos.⁴⁵²

A Lei prevê ainda que será possível a delegação, mediante concessão, de portos organizados à iniciativa privada⁴⁵³, prática essa, no entanto, ainda pouco disseminada.

Os portos marítimos organizados são administrados pelas companhias docas federais, que têm natureza de sociedades de economia mista ou, ainda, por entidades estaduais ou municipais, por força de convênios de delegação firmados com a União nos termos autorizados pela Lei 9.277/96.⁴⁵⁴

César. Defesa da concorrência nos portos. *Revista de Administração de Empresas*. São Paulo, v. 38, n. 3, jul/set 1998, p. 64-76.

⁴⁵² Lei 8.630/93. Art. 4º. Fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo: I - de contrato de arrendamento, celebrado com a União no caso de exploração direta, ou com sua concessionária, sempre através de licitação, quando localizada dentro dos limites da área do porto organizado; II - de autorização do órgão competente, quando se tratar de Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte, de Estação de Transbordo de Cargas ou de terminal de uso privativo, desde que fora da área do porto organizado, ou quando o interessado for titular do domínio útil do terreno, mesmo que situado dentro da área do porto organizado (Redação dada pela Lei nº 11.518, de 2007). (...) § 2º A exploração da instalação portuária de que trata este artigo far-se-á sob uma das seguintes modalidades: I - uso público; II - uso privativo: a) exclusivo, para movimentação de carga própria; b) misto, para movimentação de carga própria e de terceiros; c) de turismo, para movimentação de passageiros (incluído pela Lei nº 11.314 de 2006); d) Estação de Transbordo de Cargas (incluído pela Lei nº 11.518, de 2007).

⁴⁵³ A Lei 8630/93 define o porto organizado como sendo aquele “construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária”. A concessão de portos encontra-se regulamentada no Decreto 6620/08, em especial, a partir do art. 13.

⁴⁵⁴ De acordo com informações da Secretaria Especial de Portos obtidas em março de 2011, há 37 portos públicos no país. Desses, 16 são operados por companhias docas federais e 18 são concedidos ou delegados a estados e municípios. Apenas três complexos portuários encontram-se concedidos à iniciativa privada, havendo, ainda, 42 terminais de uso privativo. Fonte. Secretaria Especial de Portos. < <http://www.sep.gov.br> >. Acesso em 10.03.2011.

A maioria da doutrina considera a figura do arrendamento portuário como uma espécie de concessão ou subconcessão *sui generis* de serviço público.⁴⁵⁵ Em razão da natureza de concessão (ou subconcessão) de serviço público, e de sua delegação ser necessariamente precedida de licitação, a ênfase principal de nossa pesquisa ficou relacionada às decisões do CADE envolvendo instalações e terminais portuários objeto de contratos de arrendamento.

No caso dos portos, veem-se preocupações concorrenciais semelhantes às que são geralmente discutidas sobre o setor ferroviário, no sentido de que, em regra, não se duplica uma infraestrutura portuária em localidades próximas.⁴⁵⁶

Existem, nesse mercado, questões relacionadas a limitações de origem natural – nem toda área na costa brasileira está disponível para ser aproveitada como porto (há toda a parte de segurança para a atracação dos navios, calado etc.), assim como se faz necessário um estudo de viabilidade econômica para verificar se o volume de carga a ser transportada justifica os custos a serem incorridos para a criação de um novo porto, que constitui um complexo de atividades e infraestrutura que vai muito além do píer e demais instalações de atracação de navios.⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ Carlos Augusto da Silveira Lobo e Odete Medauar consideram o contrato de arrendamento portuário “uma espécie de delegação de serviço público”. Floriano de Azevedo Marques, por sua vez, faz referência à natureza de uma “subconcessão *sui generis* de serviço público”, pois também lhe está atrelada uma concessão de uso de bem público. De todo modo, para os efeitos aqui propostos, essas passagens confirmam a natureza de serviço público que está na origem dos arrendamentos portuários. O levantamento dos posicionamentos doutrinários aqui mencionados encontra-se em ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos, p. 735.

⁴⁵⁶ Foge ao escopo do presente trabalho analisar qual seria o arcabouço jurídico-regulatório mais favorável ao desenvolvimento de um ambiente competitivo no setor de terminais portuários e que, igualmente, proteja os investimentos realizados e os direitos decorrentes dos arrendamentos portuários de terminais de uso público que foram efetivados a partir do novo marco regulatório inaugurado pela Lei 8.630/93. Existe grande polêmica em torno da extensão e dos limites em que deve ser admitida a movimentação de carga de terceiros nos terminais privativos de uso misto. Confira-se, a esse respeito, MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Serviço portuário e concorrência: equilíbrio competitivo entre o regime público e o privado. *Revista do IBRAC*. São Paulo, IBRAC, ano 15., n. 4, 2008, pp. 149/176.

⁴⁵⁷ A legislação brasileira atualmente prevê que o governo federal deverá elaborar um Plano Geral de Outorgas para o setor, cuja finalidade será racionalizar a concessão de novos portos públicos. De acordo com o Decreto 6620/08: “Art. 44. O plano geral de outorgas será elaborado pela ANTAQ e aprovado pela Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, obedecendo às seguintes diretrizes e políticas: I - otimização da estrutura portuária nacional, com vistas à viabilização de políticas de desenvolvimento, especialmente as de comércio exterior e industriais; II - expansão da oferta de serviços portuários, baseada na eficiência de escala da exploração das atividades e redução dos custos unitários; III - atendimento à demanda por serviços portuários, inclusive a futura, em conformidade com estudos econômicos que integrarão o plano geral de outorgas; IV - adequada prestação dos serviços portuários, segundo os parâmetros normativos e regulatórios; V - integração entre os distintos modais, priorizando o transporte marítimo, quando possível; e VI - expansão e ampliação das instalações portuárias existentes e a localização dos novos portos, tendo em vista a eficiência econômica”.

A definição do mercado relevante em questões portuárias é, portanto, bastante complexa. De um lado, do prisma do mercado relevante do serviço, tem-se a especialização dos terminais portuários por espécie de carga: há terminais de armazenagem e movimentação de contêineres, de graneis sólidos, de graneis líquidos, cujas adaptações necessárias à prestação do serviço faz com que não sejam substituíveis entre si (não se movimenta contêineres por meio de um terminal de graneis líquidos, por exemplo, e vice-versa).

Dessa forma, embora seja possível a concorrência entre terminais localizados no mesmo porto (concorrência intraportos), essa se apresenta limitada pelas instalações já existentes (terminais para diferentes espécies de cargas) e pelas restrições à expansão dos portos organizados já existentes, em razão de geralmente se localizarem em áreas já fortemente urbanizadas.⁴⁵⁸

Quanto à concorrência entre terminais do mesmo tipo, localizados em portos distintos, há também dificuldades relacionadas à definição da dimensão geográfica dos mercados, pois se faz necessário que haja cadeias logísticas com custos e eficiências semelhantes, capazes de permitir o escoamento da produção, para que possa haver concorrência. Assim, do prisma geográfico, em atos de concentração envolvendo arrendamentos e alterações societárias de terminais portuários, o mais comum é a circunscrição do mercado relevante ao próprio porto⁴⁵⁹, embora, por vezes, sejam

⁴⁵⁸ Conforme apontado pela auditoria operacional realizada pelo Tribunal de Contas da União – Tema da Maior Significância n. 7, acórdão 2897/09, Processo n. 021.253/2008-2, proferido em 02.12.2009.

⁴⁵⁹ Ver, nesse sentido: “Ato de concentração. Mercado de prestação de serviços portuários do porto de Paranaguá/PR. Hipótese prevista no art. 54, §3º da Lei 8.884/94. Apresentação tempestiva. Baixa concentração resultante. Inexistência de majoração significativa da probabilidade de exercício de poder de mercado. Aprovação sem restrições” (Ato de Concentração 08012.009940/2006-31, Relator Conselheiro Abraham Siscú). Mostrando que, em muitos casos, trata-se o porto de monopólio natural, veja-se trecho do voto do Relator: “Acompanho a SEAE para definir o mercado relevante como o de prestação dos serviços portuários previstos na lei n. 8.630/93. No que se refere à dimensão geográfica do mercado, restrinjo a definição a operações no porto de Paranaguá/PR. Entendo que a definição mais ampla proposta pelas requerentes, que inclui portos em Santa Catarina, São Paulo e Amazonas, ignora completamente os custos e dificuldades associados à reorientação da estrutura logística de um cliente para outro porto. Trata-se de definição extremamente ampla e bastante implausível, que só seria admitida se acompanhada de significativa comprovação empírica. Tal não é o caso dos autos”. No mesmo sentido são as decisões proferidas no AC 08012.007025/2008-72, já acima mencionado, e no AC 08012.002245/2005-67, que analisou processo de aquisição de participação societária de um terminal de armazenagem e transporte de graneis líquidos situado no interior do Porto de Santos, no qual esse porto foi definido como sendo a dimensão geográfica do mercado relevante afetado pela operação. Da mesma forma, no ato de concentração 08012.008882/99-92, o mercado relevante foi definido como “serviços de descarga, embarque e armazenamento de produtos químicos e petroquímicos no Porto de Santos – SP” (j. em 30.08.2000, Relator Conselheiro Thompson Andrade). Do mesmo modo, no ato de concentração 08012.002489/2008-92, o Relator Ricardo Cueva destacou: “A CDI tem atuação na prestação de serviços portuários apenas no âmbito do porto de Imbituba, porto esse localizado

encontradas decisões do CADE reconhecendo a possibilidade de portos competirem entre si, como parte de cadeias logísticas potencialmente competitivas da perspectiva do usuário do serviço.⁴⁶⁰

Por ser o porto, em regra, a ponta inicial ou final de uma rede logística de transporte, este pode admitir concorrência com outros portos (cadeias logísticas), especialmente em operações de importação e exportação de mercadorias. Como apontado

na costa do Estado de Santa Catarina. O grupo Santos Brasil, por sua vez, atua nesse mesmo ramo apenas nos portos de Santos (SP) e Vila do Conde (PA). Após análise das condições de concorrência realizada pela SEAE/MF, confirmada por diligências junto a uma empresa do mesmo setor, concluiu-se que o exportador e o importador que desejam fazer uso dos serviços prestados no porto de Imbituba não terão como serviços substitutos nem aqueles prestados em Santos nem aqueles outros prestados em Vila do Conde, dadas as condições adversas de logística para tal”. (j. em 25.06.2008). Em ato de concentração no qual se procedeu à constituição de *joint venture* para armazenagem de óleo vegetal, o Conselheiro Fernando Furlan concluiu, quanto à dimensão geográfica da operação: “Acompanho a SEAE para restringir ao porto de Santos a dimensão geográfica no mercado de serviços portuários para graneis de origem vegetal ora analisado. Os seguintes fatores sustentam esta definição: 1) a redução da distância entre terminais portuários e estabelecimentos demandantes é fundamental para o negócio; 2) a relação entre armador e operador de terminal portuário é regida por contrato, de modo que um armador incorreria em custos consideráveis caso realizasse mudança de porto como resposta a um aumento do preço cobrado pelo terminal. Segundo as requerentes, a maior parte dos graneis vegetais relevantes se encontra equidistante dos portos de Santos/SP e de Paranaguá/PR. Por este motivo, sugerem que a definição geográfica compreenda o porto de Paranaguá. Ante a ausência de dados empíricos capaz de sustentar a assertiva da requerente, opto pela definição mais conservadora proposta pela SEAE”. (AC 08012.003911/2008-27, Conselheiro Relator Fernando Furlan, j. em 16.09.2009). No ato de concentração 08012.004688/2000-36, igualmente o mercado relevante foi restringido ao porto de Santos: “Ato de Concentração. Operação de arrendamento do Terminal de Contêineres do Porto de Santos - TECON 1, pela Santos Brasil S/A. Mercado de movimentação de mercadorias em contêineres, sua armazenagem e entrega no Porto de Santos. Faturamento superior a R\$ 400 milhões. Improbabilidade de exercício de poder de mercado. Integrações verticais e sobreposições horizontais verificadas na operação em tela não são aptas a produzir efeitos na estrutura concorrencial já estabelecida anteriormente à efetivação do arrendamento. Operação subsumida e aprovada sem restrições. (...)” (Relator Conselheiro Fernando Marques, j. em 01.07.2004). E, ainda: “Ato de Concentração. Contrato de arrendamento celebrado entre a Union e Codesp. Mercado relevante: prestação de serviços de movimentação e armazenagem de veículos (itens 25.06), dimensão geográfica do Porto de Santos. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, §3º, da Lei 8.884/94 – faturamento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Pareceres convergentes. Ausência de sobreposição horizontal e integração vertical. Inexistência de prejuízo à concorrência. Operação conhecida e no mérito aprovada, sem restrições” (AC 08012.005701/2009-54, Relator Conselheiro César Mattos, j. em 03.03.2010).

⁴⁶⁰ No caso do ato de concentração referente à desestatização do Porto de Angra dos Reis, o mercado relevante foi definido como “o mercado abrangido pelos portos do Rio de Janeiro, Sepetiba e Angra dos Reis, em face da possibilidade de, sem grandes majorações de custo, haver a substituição dos serviços prestados pelo porto de Angra, pelos demais” (AC 08012.000225/99-98, j. em 12.04.2000, Relator Conselheiro Ruy Santacruz). É preciso mencionar, no entanto, que os três são gerenciados pela Companhia Docas do Rio de Janeiro, o que poderia, em tese, limitar a competitividade entre si. Em um ato de concentração envolvendo a armazenagem de combustíveis no porto de Pecém, o CADE considerou como mercado relevante geográfico todos aqueles portos a partir dos quais era possível abastecer o Estado do Ceará de combustível: “A Agência Nacional do Petróleo (ANP) informou que o abastecimento de combustíveis do Estado do Ceará pode ser feito tanto pelo terminal de Fortaleza, como por vias terrestres, originadas dos terminais de São Luiz/MA, de Ipojuca/PE, de Cabedelo/PB, de Belém/PA e de Maceió/AL. Dessa forma, o mercado relevante geográfico pode ser definido como sendo os portos de Pecém, Fortaleza, São Luiz, Ipojuca, Cabedelo, Belém e Maceió” (AC 08012.003535/0001-02, j. em 25.09.2002). Ver, ainda, sobre o tema FAGUNDES, Jorge *et al.* Setor portuário brasileiro: regulação e indicadores. *Revista do IBRAC*, São Paulo, RT, n. 18, jul/dez 2010, p. 153 e ss.

pelo Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho no ato de concentração 08012.007025/2008-72, “a definição da dimensão geográfica do mercado relevante no caso de serviços portuários deve considerar que a concorrência pode ocorrer tanto na dimensão interportos como na dimensão intraportos. Ou seja, tanto entre terminais num mesmo porto como entre portos diferentes”.⁴⁶¹

Sobre essa questão, no julgamento do processo administrativo 08012.007443/99-17, o Conselheiro Luis Delorme Prado afirmou que “o porto organizado de Santos concorre, em certa medida, com outros portos do Sudeste. Mas as questões tratadas neste voto são melhor percebidas na análise dos efeitos da concorrência intraportuária, seja entre estes terminais ou entre prestadores de serviços na área do porto”. O Conselheiro comentou ainda que “embora seja inegável que há concorrência entre portos no Brasil, esta é menos intensa do que se poderia almejar. A razão dessa limitação são as condições insuficientes de infraestrutura de transporte terrestre e os problemas logísticos de integração intermodal, que oneram significativamente mudanças de rotas no país”.

O uso das instalações e a prestação de serviços de armazenagem nos terminais portuários localizados no interior dos portos públicos podem ser delegados à iniciativa privada mediante a celebração de contratos de arrendamento precedidos de licitação, nos termos da Lei 8.630/93. Esses contratos conferem ao arrendatário o direito de exploração exclusiva da infraestrutura por um determinado lapso temporal, nos termos do contrato firmado e da legislação em vigor.

Nesse sentido, em processo administrativo no qual uma agência de navios questionava a recusa de atracação de suas embarcações por parte de um terminal arrendatário de instalação portuária em regime de exclusividade,⁴⁶² o Conselheiro Relator Abraham Siscú decidiu:

⁴⁶¹ O caso tratava da aquisição de ativos no setor de armazenagem de graneis líquidos por grupo econômico que já atuava neste setor, porém em distintos portos, à exceção de Santos, em que os dois grupos já atuavam anteriormente à operação. O mercado relevante, neste caso, ficou restrito à armazenagem no Porto Organizado de Santos, conforme se observa da ementa da decisão: “Ato de concentração. Operação realizada no Brasil. Operação de aquisição de ativos. Hipótese de subsunção ao artigo 54, §3º da Lei 8.884/1994 – faturamento. Sobreposição horizontal e vertical no mercado relevante de transporte e armazenagem de graneis líquidos no Porto de Santos. Operação sem efeitos prejudiciais à concorrência. Aprovação sem restrições” (AC 08012.007025/2008-72, j. em 23.06.2010, Relator Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho).

⁴⁶² A acusação restou assim circunscrita pelo Conselheiro Relator: “1) obstrução do acesso da Intermarítima aos berços “Cais da Ponta Sul” e “Cais de Ligação”, dos quais a Tecon é arrendatária com exclusividade; 2) operação pela Tecon no cais “Ponta Norte”, de domínio público, com o intuito de obstruir a operação da

“A Tecon obteve exclusividade de exploração dos cais ‘Ponta Sul’ e ‘de Ligação’ em decorrência de processo licitatório regular. O teor dos autos indica que, desde o arrendamento dos referidos berços, a representada realizou expressivos investimentos na estrutura do porto, tendo aumentado consideravelmente seu *market share*.

A diligência da Tecon em aprimorar os referidos cais está diretamente relacionada à dotação de exclusividade sobre a sua exploração. Um investimento só é racional na medida em que o investidor é capaz de colher seus benefícios. Trata-se do mesmo raciocínio envolvido na atribuição de direitos de propriedade intelectual.

Afastar a possibilidade em tese de exploração exclusiva de um bem implica desestimular qualquer incremento ao seu potencial produtivo. Uma política antitruste que adotasse tal postura acabaria por prejudicar o próprio desenvolvimento que pretende promover.

A questão relevante ao caso, então, é a seguinte: no caso concreto, os benefícios decorrentes da atribuição temporária de exclusividade à Tecon superam os prejuízos advindos da restrição do acesso a concorrentes? Entende-se que sim. Em primeiro lugar, porque a restrição não impõe barreira significativa aos concorrentes – de fato, além do cais “Ponta Norte”, há indicação de que estão sendo construídos dois novos berços de atracação para navios de grande porte no porto de Salvador. Em segundo lugar, porque a Tecon tem realizado palpáveis melhorias nos cais arrendados, desenvolvendo a capacidade do porto de Salvador como um todo. Parece, assim, incabível a pretensão da representante de se forçar a representada a ceder o uso de suas instalações.

Cabe destacar que do ponto de vista regulatório, também não há óbice ao arrendamento descrito, uma vez que a Resolução nº 55-ANTAQ, de dezembro de 2002, ressalva direitos de exclusividade decorrentes de contratos de arrendamento firmados antes de sua vigência.”⁴⁶³

No caso aventado, a expressa previsão de exclusividade, sua conformidade com o ordenamento setorial vigente, à época da avença, e a explicação econômica racional no que se refere à necessidade de recuperação dos investimentos em infraestrutura fizeram com que o processo administrativo fosse arquivado, não se vislumbrando infração à lei 8.884/94.

De todo modo, fato é que a regulação portuária aponta para um cenário de instauração de concorrência, o que foi destacado pelo Conselheiro-Relator do processo

Intermarítima neste cais remanescente; 3) discriminação entre empresas, ao autorizar o acesso pela Internacional Agência Marítima Ltda. (INTERNACIONAL) aos cais arrendados, mas vedar o acesso da Intermarítima.”

⁴⁶³ Processo administrativo 08012.005660/2003-19, Relator Conselheiro Abraham Siscú, j. em 19.07.2006.: “Processo Administrativo. Movimentação de contêineres e cargas pesadas na área do porto de Salvador. Empresa arrendatária de cais. Exclusividade de exploração. Área regulada. Alegação de afastamento de concorrentes e obstrução de suas atividades. Alegação de discriminação entre concorrentes. Não verificação das condutas alegadas. Arquivamento”.

administrativo no qual se investigou prática de abuso de posição dominante por parte de terminais alfandegados no Porto Organizado de Santos, tendo em vista a cobrança de tarifa para movimentação de contêineres aos terminais retroalfandegados:

“A existência de regulação no setor portuário não impede a aplicação da lei 8.884/94. Ao contrário, o modelo de regulação proposto prevê expressamente a concorrência entre os atores envolvidos, a qual só pode ser preservada com a observância da Lei de Defesa da Concorrência”.⁴⁶⁴

Após citar o inciso VIII do art. 12 da Lei 10.233/01 e destacar que os preços cobrados pelos operadores portuários no Porto de Santos são livres, o Conselheiro Relator concluiu que “a regulação, nesse modelo, é feita para estimular a concorrência e nunca para afastá-la. A doutrina do ‘*State Action*’, usada para a configuração do excludente de ilicitude, não é aplicável ao caso concreto, já que a regulação não pretendeu substituir a concorrência”.⁴⁶⁵

Para melhor compreensão da conduta investigada nesse processo administrativo, merece ser esclarecido que os portos costumam prestar duas espécies de serviços: serviços prestados aos navios e serviços prestados à carga.⁴⁶⁶ O caso envolveu exatamente uma questão relacionada à armazenagem da carga, consistente em se avaliar se era ou não contrário à concorrência a cobrança, efetuada por alguns terminais alfandegados, de retribuição pecuniária pela movimentação de carga de terminais alfandegados para os retroalfandegados (THC2).

Entendendo que a postura de cobrar preço aos terminais retroalfandegados gerava-lhes uma desvantagem competitiva, com potencial de fechamento do mercado, o CADE

⁴⁶⁴ Processo administrativo 08012.007443/99-17, j. em 09.03.2005.

⁴⁶⁵ Processo administrativo 08012.007443/99-17, j. em 09.03.2005.

⁴⁶⁶ Conforme esclarece Mário Bilieri: “Os serviços prestados ao navio envolvem o auxílio à entrada, à saída e à atracação dos navios. Também se incluem nesses serviços a utilização de equipamentos do porto, a ocupação dos berços e das docas, bem como o uso da infraestrutura geral do porto. Ao lado de tais atividades, desenvolvem-se também os serviços prestados à carga. Estes serviços envolvem três prestações distintas. A primeira delas é transferência da carga entre o navio e as docas ou a área de armazenagem; a segunda é a transferência da carga entre as docas ou a área de armazenagem e o portão; e, por fim, a terceira envolve a armazenagem intermediária no pátio (contêineres) – período necessário para a transferência da carga para o navio ou portão. BILIERI, Mário Dittrich. A taxa de segregação no Porto de Santos e o conflito de competência entre autoridades administrativas. In: MOREIRA, Egon Bockmann e MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coords.). *Direito concorrencial e regulação econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 388/399.

determinou a imediata cessação da prática, a cominação de multa equivalente a 1% (um por cento) do mercado de armazenagem alfandegada de contêineres, bem como outras sanções ancilares. Este, no entanto, é um caso bastante complexo, pois, por maioria, a ANTAQ, no mérito, não vislumbrou, na referida conduta, a existência de infração da ordem econômica, tendo assim se manifestado:

“a) Considerar que os serviços de segregação e entrega de contêineres pelos operadores portuários aos recintos alfandegados existem, geram custos adicionais não cobertos pela THC do armador e, em consequência, sua cobrança afigura-se justificada, b) não há na conduta descrita nos autos indícios de infração à ordem econômica, nos termos das leis n. 8884/94 e 10.233/2001, e c) determinar o arquivamento do processo administrativo, dando ciência ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE”.⁴⁶⁷

Verificou-se, portanto, na prática, situação em que o CADE decidiu que a existência de regulação setorial não era suficiente a coibir totalmente a potencialidade de práticas anticompetitivas, tendo determinado a sua cessação. No entanto, é de se destacar a dificuldade do caso concreto, pois, sem uma solução dada pela via regulatória que esclarecesse se seria devida qualquer retribuição pecuniária pelo fato de o terminal alfandegado transferir os contêineres recebidos aos terminais retroalfandegados, mostrava-se difícil a resolução do tema, à qual, no entanto, a autoridade concorrencial não poderia se furtar.⁴⁶⁸ Aliás, como visto, a ANTAQ, em momento posterior ao acórdão do CADE, decidiu de forma contrária à autoridade concorrencial,⁴⁶⁹ estando o tema em discussão no Poder Judiciário.⁴⁷⁰

⁴⁶⁷ PA 50300.000159/2002 – ANTAQ.

⁴⁶⁸ Conforme comentou o Conselheiro Relator do caso Luiz Carlos Delorme Prado, alguns anos depois da decisão, trata-se de “uma discussão difícil, porque havia uma questão regulatória não bem definida por parte da autoridade regulatória, porque a cobrança era feita sob a rubrica de taxa para liberação de carga, gerando um debate sobre o que poderia e o que não poderia ser cobrado no meio daquela situação. Ali ficou estabelecido um ponto claro de que em questões concorrenciais a decisão do CADE se sobrepunha à autoridade regulatória, se esta não resolvesse antes a questão concorrencial por meio de uma ação regulatória”. DUTRA, Pedro. *Conversando com o CADE*, p. 258.

⁴⁶⁹ Por meio do acórdão 13/2010 a ANTAQ determinou “que a CODESP estabeleça o valor a ser cobrado pelos arrendatários aos TRAs (‘Portos Secos’) pela prestação do serviço – como já registrado –, reconhecidamente existente, tanto no âmbito da ANTAQ quanto do CADE. Dessa forma, estando este preço fixo, determinado e limitado, não poderá ser utilizado como ferramenta anticoncorrencial, e assim não oferecendo potencialidade ou risco de prática abusiva, prejudicial à livre concorrência” (Processo 50300.00159/2002, decisão publicada no DOU de 10.05.2010).

⁴⁷⁰ Veja-se, nesse sentido, decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região: “DIREITO ADUANEIRO. TAXA DE SEGREGAÇÃO DE ‘CONTAINER’. POSSIBILIDADE ABSTRATA DE SUA

Por fim, não se pode deixar de lembrar, como visto, que a lei diferencia os terminais portuários de uso público, destinados à movimentação de cargas de qualquer interessado, mediante o pagamento de preços e tarifas, dos terminais de uso privativo, que podem ser de uso exclusivo (destinados apenas à movimentação de carga própria) e de uso misto (destinados à movimentação de carga própria e de terceiros).

Mostra-se altamente controvertido se seria esperada a existência de competição entre terminais públicos e privativos mistos, ante a ausência de clara definição da Lei 8630/93 a esse respeito. No entanto, atualmente, atos regulamentares do Poder Executivo, em especial o Decreto 6620/08 e a Res. ANTAQ 1695/10, indicam em sentido contrário, ao exigirem que os terminais privativos mistos movimentem carga de terceiros somente em caráter eventual e de forma subsidiária, sendo obrigados a justificar a viabilidade econômica de sua existência unicamente a partir da movimentação de carga própria. Dessa

NÃO-CONTINÊNCIA NO PREÇO PAGO A ARMADOR (THC). DEPÓSITOS AUTORIZADOS ATÉ DESLINDE DA LIDE PRINCIPAL” (AI 200503000336873, j. em 13.05.2011) e “DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. COBRANÇA DA “TAXA” DE LIBERAÇÃO DE CONTÊINERES POR TERMINAL PORTUÁRIO. SUSPENSÃO DA COBRANÇA. DECISÃO ADMINISTRATIVA DO CADE. INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE DA DECISÃO DO CADE. DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO. 1. A proibição de cobrança da ‘taxa’ para a retirada de contêineres e segregação de mercadorias de terminais portuários, decorreu de decisão fundamentada do Conselho Administrativo de Defesa da Ordem Econômica, em devido processo legal, com amplo exercício do direito de defesa e contraditório, sendo apurada a ocorrência de infração de natureza econômica com lesão à livre concorrência, não estando demonstrada a existência de plausibilidade jurídica para efeito de antecipação de tutela em agravo de instrumento. A decisão impetrada, embora expressamente afirme não existir nada de ilegal na decisão do CADE, defere a continuidade da cobrança, que havia sido suspensa administrativamente, mediante depósito judicial, para garantir as atividades operacionais da agravante, de então. Todavia, mesmo tendo natureza meramente cautelar, o que apura é que o depósito judicial, primeiramente, não serve ao fim de garantir as atividades operacionais da agravante, pois permanecem os valores indisponíveis, de modo que a providência apenas garante a percepção imediata dos recursos, caso seja a decisão de mérito favorável à cobrança da aludida ‘taxa’. 2. Ocorre, porém, que a cautela concedida contraria a decisão administrativa, extraída através do devido processo legal, em que todos os envolvidos exerceram o direito de ampla defesa e contraditório, e no qual houve, inclusive, vistorias no local para a amparar a conclusão técnica de infração à ordem econômica. Tanto assim que não chegou a decisão impetrada a afirmar que houve ilegalidade seja no procedimento, seja na própria conclusão. Afirmou, é certo, a existência de certa divergência, sem considerar, porém, que a tônica da decisão do CADE não focou, estritamente, a questão da existência de serviço ou custo adicional, mas o fato, mais relevante, de que a cobrança era efetuada quando destinados os contêineres ou mercadorias a empresas concorrentes, na área de armazenagem alfandegária, e não quando destinados diretamente aos importadores. Sobrepujou, pois, a verificação de que a ‘taxa’ era utilizada com o propósito preponderante de prejudicar a livre concorrência, produzindo custos a outras empresas com atuação no mesmo setor econômico da então agravante, o que autorizava a suspensão de sua cobrança. 3. Tem-se, pois, que a plausibilidade jurídica a ser considerada, por mais relevante, não é a da cautela que, na prática, continua a onerar aqueles que, segundo o CADE, sofrem os efeitos da prática da infração à livre concorrência, mas a que decorre da decisão administrativa fundamentada, extraída de processo que, como ressaltado nos autos, analisou por anos a fio a situação concreta antes de alcançar a conclusão definitiva da controvérsia. 10. Mandado de segurança concedido para cassar a decisão proferida pela autoridade impetrada até o pronunciamento ulterior da 4ª Turma” (MS 200503000407302, j. em 03.12.2009).

forma, parece-nos que o CADE, ao definir os mercados relevantes de serviços portuários, deverá considerar essas restrições regulatórias, as quais dificultam que haja concorrência, em larga escala, entre essas duas espécies de terminais em larga escala.⁴⁷¹

Em vista do acima exposto, pode-se afirmar que o setor de terminais portuários para armazenagem e movimentação de cargas constitui um setor regulado de infraestrutura no qual o CADE já interveio, inclusive para determinar a cessação de prática que até então se mostrava usual no setor (a cobrança da THC2). Analisando atos de concentração e processos administrativos, têm-se os seguintes dados quantitativos:

- Total de casos julgados: 31
- Atos de concentração – Total: 28⁴⁷²
 - Aprovados sem restrições: 27⁴⁷³
 - Aprovados com restrições: 01⁴⁷⁴

⁴⁷¹ O tema é ainda objeto da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 139, proposta no Supremo Tribunal Federal pela ABRATEC – Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público, que visa fundamentalmente obter do STF confirmação do entendimento de que os terminais privativos de uso misto não podem movimentar, de forma preponderante, carga de terceiros.

⁴⁷² Excluído o ato de concentração 08012.000393/2006-70, em razão de desistência das Requerentes e incluídos casos em que o Conselho considerou ser o mercado relevante da operação a movimentação de cargas e operação portuária em geral, ainda que a empresa objeto ainda não possuísse atividade operacional no país. Excluído um ato de concentração relacionado a terminal portuário de uso privativo que era objeto de mera autorização, por se situar fora de porto organizado.

⁴⁷³ Considerando o julgamento de 01 pedido de reapreciação, que modificou a decisão original do Conselho. Trata-se de caso bastante interessante e uma das raras vezes em que o CADE reviu uma decisão de mérito, em sede de ato de concentração, por meio de provimento de um pedido de reapreciação. No ato de concentração 080.12.007405/98-47, o CADE aprovou o arrendamento de um terminal de contêiner localizado no Porto de Vitória à TVV Terminal Vilas Velha S.A., condicionada a que “a requerente TVV deverá cessar a imposição, aos clientes, a exclusividade de que o transporte de cargas e descargas de contêineres seja realizado em seus veículos transportadores, devendo extrair da composição dos preços fixados na tabela de Serviços Integrados de Movimentação de Contêineres os itens relativos aos transportes”. A finalidade do CADE, com essa decisão, era evitar que a concorrência no transporte de e para o porto viesse a ser prejudicada pela presença da cláusula de exclusividade. No pedido de reapreciação, a Requerente esclareceu que esse transporte sob regime de exclusividade se reduzia ao interior do seu próprio terminal, não tendo os seus veículos permissão para sair da área do terminal; sendo assim, o serviço não competia com os demais meios de acesso ao porto. Informou, ainda, que se tratava de uma forma inovadora de organização interna do terminal, que tinha por objetivo reduzir o tempo gasto com a carga e descarga dos navios, reconhecidamente um dos principais custos da logística portuária, de modo que se trataria de medida pró-eficiente. Com base nos esclarecimentos prestados, o CADE reviu o julgamento anterior e excluiu a exigência de retirada da cláusula de exclusividade. Informações obtidas no voto do relator Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto no Pedido de Reapreciação ao AC 08012.007405/98-47, j. em 16.01.2001.

⁴⁷⁴ Redução da abrangência geográfica de cláusula de não concorrência. AC 08012.014090/2007-73.

- Reprovados: zero
- Averiguação preliminar: 01⁴⁷⁵
- Processos administrativos: 02
 - 01 condenação⁴⁷⁶
 - 01 arquivamento⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ Averiguação preliminar 08012.001233/98-71, j. em 03.07.2002, Rel. Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto, arquivada. A decisão restou assim ementada: “Averiguação Preliminar instaurada pela Secretaria Direito Econômico em fevereiro de 1999 para apurar possível conduta infracional à livre concorrência por parte das Representadas, relacionada com a possível imposição de restrições de acesso aos serviços da cadeia de transporte sobre as pequenas empresas processadoras de suco. A presente Averiguação Preliminar se originou por denúncia dos presidentes da Associação dos Citricultores do Estado de São Paulo (AcieSP) e da Associação Brasileira da Citricultura (Associtrus), de que as empresas Cutrale, Citrosuco, Cargill, Citrovita e Frigorífico Avante, valeram-se dos termos do Compromisso de Cessação celebrado no Processo Administrativo n.º 08000.012720/94-74 para negar às pequenas empresas processadoras de suco de laranja a prestação de serviços de transporte, acondicionamento, armazenamento e embarque de suco nos terminais de embarque do Porto de Santos. A denúncia da Associtrus e AcieSP abrangia dois diferentes temas: (i) o exercício de poder de mercado das representadas nas negociações de preços de aquisição de laranjas junto aos produtores; (ii) restrições de acesso à logística de transporte do suco de laranja e cítricos, impostas pelas representadas às pequenas empresas processadoras de suco. A segunda acusação originou a presente averiguação preliminar e também a Averiguação Preliminar n.º 08000.005438/97-29 em que é representada a empresa Cemibra, acusada de restringir a oferta de tambores usados para a acomodação e transporte de suco de laranja pelas pequenas empresas processadoras. A referida Averiguação Preliminar foi anexada ao processo em comento por dependência em decisão proferida pelo Conselheiro Mércio Felsky durante a instrução do feito. Mercados relevantes, sob o ponto de vista do produto: (i) serviços de transporte rodoviário de suco de laranja refrigerado em tambores e a granel; (ii) armazenamento no local do porto de suco de laranja refrigerado em tambores e a granel; (iii) embarque no navio de suco de laranja refrigerado em tambores e a granel; (iv) de transporte marítimo do suco de laranja refrigerado em tambores e a granel; (v) e de produção barris de aço. Quanto aos mercados relevantes geográficos, foi considerada ser a área do Estado de São Paulo para os mercados relevantes de transporte rodoviário, a área do Porto de Santos para os mercados relevantes de armazenagem e embarque e o mercado mundial para o mercado de transporte marítimo, por serem estas aproximações razoáveis das áreas onde se localizam os fornecedores dos respectivos produtos relevantes, concorrentes das empresas representadas. O mercado de transporte marítimo é internacional. (...) As representadas eram as únicas proprietárias de instalações portuárias especializadas no embarque de suco de laranja a granel e, portanto, detinham poder dominante no mercado relevante. Sendo o embarque o elo final da cadeia de transporte, tal poder de mercado seria suficiente para a imposição de barreiras à entrada de concorrentes. Há evidências de que na época as representadas prestavam normalmente serviços de transporte rodoviário, armazenagem, embarque e transporte marítimo de suco de laranja a granel para outras empresas concorrentes que também empregavam esta modalidade de acondicionamento do produto. Os dados dos autos permitiram inferir que nem as empresas que operavam com suco de laranja a granel nem aquelas que utilizavam somente a embalagem em barris reconheceram as condutas alegadas por esta averiguação preliminar. Não havia motivos nem condições para o exercício de poder de mercado pela Cemibra contra as produtoras de suco envasado em barris, de modo que não há sustentação pelo art. 20 da Lei 8.884/94 para a alegação da conduta imputada à Cemibra. Não havendo conjunto probatório suficiente para a caracterização da conduta como indício de infração segundo o artigo 21 da Lei n.º 8.884/94, o Plenário determinou o arquivamento da presente Averiguação Preliminar assim como pela extinção da AP n.º 08000.005438/97-29, apensada por conexão à presente.”

⁴⁷⁶ PA 08012.007433/1999-17.

⁴⁷⁷ PA 08012.005660/2003-19.

4.6.2.3 Concessão de rodovias

Primeiramente, cumpre justificar a inclusão do setor de rodovias no rol dos serviços públicos concedidos.

Embora a doutrina divirja sobre serem esses contratos concessões de serviço público ou de uso de bem público,⁴⁷⁸ a Administração Pública federal vem realizando as licitações definindo o seu objeto como concessão de serviços públicos. Também os Tribunais Superiores aplicam às concessões de rodovias a disciplina dos serviços públicos concedidos.⁴⁷⁹

⁴⁷⁸ Floriano de Azevedo Marques Neto, por exemplo, sustenta que as concessões de rodovias “têm por objeto precipuamente a outorga do uso privativo de bem público, malgrado associado à prestação de um serviço”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 351; e Algumas notas sobre a concessão de rodovias. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, NDJ, 2001, p. 245/257. Por outro lado, sustentando tratar-se de concessão de serviço público, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 294 e GARCIA, Flávio Amaral. *Regulação jurídica das rodovias concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p. 48/53.

⁴⁷⁹ Veja-se, por exemplo, a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal: “CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DE CONCESSIONÁRIA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. FALHA DE SEGURANÇA EM RODOVIA. REPARAÇÃO DE DANOS. ART. 37, § 6º, DA CF/88. FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. O Tribunal *a quo*, diante da análise do conjunto fático-probatório da causa, concluiu pela responsabilidade objetiva, porquanto comprovadas a falha na segurança da pista e a causação de prejuízos ao autor, evidenciando, portanto, o nexo causal a ensejar o direito à reparação. Precedentes. 2. Incidência da Súmula STF 279 para aferir alegada ofensa ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal - responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público. 3. Pedido recursal contido no agravo regimental não pode, por si só, alterar aquele originariamente deduzido no recurso extraordinário. 4. Agravo regimental improvido (RE 557935 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 04/12/2009)” No mesmo sentido, AI 383872 AgR, j. em 24.09.2002. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu: “AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. AFASTAMENTO DA LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. ALEGADA LEGITIMIDADE DA CONCESSIONÁRIA. NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS N. 5 E 7 DESTA CORTE SUPERIOR. 1. Analisando o conjunto fático-probatório formado nos autos, o Tribunal de origem decidiu que a rodovia federal era administrada pela União. 2. No recurso especial e no agravo regimental, a União pede sua exclusão do feito, por ser parte ilegítima, fundamentando tal pretensão em cláusulas de contrato de concessão firmado. 3. Pretensão que esbarra no óbice das Súmulas n. 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça. 4. Agravo regimental não-provido. (AgRg no REsp 1030380/MG, j. em 07/10/2008). “PROCESSUAL CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. ENCAMPAÇÃO. LEGITIMIDADE DA UNIÃO. ELEIÇÃO DE FORO. ART. 109, § 2º, DA CF. 1. A União é parte legítima para figurar na lide em que se objetiva invalidar decreto estadual de encampação, tendo em conta a existência de contrato pelo qual se concedeu a exploração e administração de rodovia federal delegada a Estado-membro da Federação. 2. A legitimidade da União decorre do contrato celebrado por ela, por meio do DNER, sucedido pelo DNIT, e pelo Estado do Paraná, que tem por objetivo delegar a administração e exploração de trechos de rodovias federais, fato determinante para que seja afirmado o interesse da União na causa. 3. Em razão da legitimidade *ad*

Além disso, na ausência de um regime jurídico geral, de direito positivo, a disciplinar as concessões de uso de bens públicos, em muitas situações aplica-se-lhes, por analogia, as normas atinentes às concessões de serviços públicos.

Por fim, lembramos que, para o objetivo da presente tese, essa discussão não apresenta maiores consequências, pois, seja como concessão de uso de bem público, seja como concessão de uso de bem público, está presente o regime excludente da livre iniciativa, de modo que o ingresso do particular nessa atividade depende de outorga do Poder Concedente, após o devido processo licitatório, tendo o vencedor do certame direito à exploração exclusiva (do bem ou do serviço) pelo prazo do contrato.

No tema das rodovias, a situação de monopólio natural igualmente se destaca.

Nesse sentido, em ato de concentração envolvendo alteração do bloco de controle de grupo econômico titular de concessões rodoviárias, o Conselheiro Fernando Marques definiu o mercado relevante da seguinte forma: “considerando que o mercado relevante deverá coincidir com as atividades atribuídas à CCR, defino o mercado relevante, no âmbito do produto/serviço, como sendo o mercado de concessões rodoviárias. O mercado geográfico, por sua vez, corresponde à malha rodoviária, acima descrita, atribuída à concessionária”.⁴⁸⁰

No ato de concentração 08012.005486/2005-68, em que se analisou a alteração da composição societária de concessionária de rodovias, o Conselheiro Relator destacou a afirmação da SEAE no sentido de que “a operação não acarretará prejuízo a concorrência pelas seguintes razões: por se tratar de um mercado regulado cujo ingresso se dá via licitação e que as alterações de participação no capital social da empresa concessionária só podem ser feitas mediante aprovação do poder concedente”.⁴⁸¹

No mesmo sentido, manifestou-se o CADE no ato de concentração 08012.000831/2001-43, em cuja ementa se lê:

causam da União e por não estar em discussão o contrato de concessão, não há como aplicar a cláusula de eleição de foro. 4. As empresas concessionárias que exploram e administram rodovia federal podem ajuizar ação em que se objetiva invalidar decreto estadual de encampação de contrato de concessão para exploração e administração de rodovia federal delegada a Estado-membro da Federação na Seção Judiciária do Distrito Federal (art. 109, § 2º, da CF) para figurar na lide. 5. Recurso especial não provido” (REsp 887.704/DF, j. em 06/09/2007).

⁴⁸⁰ AC 08012.001125/2001-19, j. em 26.11.2003.

⁴⁸¹ Relator Conselheiro Luis Fernando Rigato, j. em 15.02.2006.

“Ato de concentração. Operação de aquisição de 70% do capital social da Autovias S.A., de propriedade das empresas EMSA - Empresa Sul Americana de Montagens S.A., Enterpa Engenharia Ltda. e Etesco Construções e Comércio Ltda, pela OHL Espanha. Hipótese prevista no §3º, do artigo 54 da Lei 8.884/94, em razão do faturamento da empresa Adquirente superar R\$ 400 milhões. Apresentação tempestiva. Alteração de controle de empresa detentora de monopólio regulado e concedido pelo DER/SP. Mercado relevante de exploração, em regime de concessão, do trecho de malha rodoviária entre os municípios de Franca, Batatais, Ribeirão Preto, Araraquara, São Carlos e Santa Rita do Passa Quatro. Inexistência de danos à concorrência. Aprovado sem restrições.”⁴⁸²

Igualmente:

“Em relação ao mercado relevante material da presente operação é a execução de obras, serviços de ampliação, melhoramento, restauração e conservação do sistema rodoviário, nos termos do contrato de concessão rodoviário. Portanto, a presente operação não apresenta alterações significativas no mercado relevante, por tratar-se de alteração de controle de uma empresa detentora de monopólio, regulado e concedido pelo Poder Público.”⁴⁸³

Ilustrando os limites de intervenção do CADE em setores regulados, merece destaque o voto proferido pelo Conselheiro Luiz Delorme Prado em ato de concentração que envolveu concessionárias de rodovias do Estado de São Paulo, que se mostra peculiar por diversos aspectos.

Em primeiro lugar, a decisão demonstra que, mesmo em setores que constituem exemplos clássicos de monopólio natural, como a rodovia, pode haver espaço para concorrência, tanto assim que o voto alude à existência de “rotas alternativas” à rodovia que era objeto do ato de concentração.

De fato, após afirmar que “no que tange à possibilidade de concentração vertical, o parecer da SEAE analisou os aspectos geográficos de cada concessão envolvida na operação e concluiu que não há sobreposição das atividades da Requerente no que diz

⁴⁸² Julgado em 20.06.2001.

⁴⁸³ AC 08012.006347/2003-90, j. em 03.12.2003, Relator Thompson Andrade. Ver, ainda, destacando a natureza de monopólio natural da rodovia, AC 08012.001672/2008-71, j. em 07.05.2008, Relator Conselheiro Paulo Furquim; AC 08012.001675/2008, Relator Conselheiro Paulo Furquim, j. em 07.05.2008; AC 08012.001673/2008-15, j. em 07.05.2008, Relator Ricardo Cueva; AC 08012.001191/2008-65, Relator Ricardo Cueva, j. em 23.04.2008.

respeito à administração das concessões rodoviárias”, pois “cada concessão é um mercado relevante distinto, pelo fato de fazer a ligação entre localidades distintas”, o Relator comenta, todavia, que “há, também, uma sobreposição pré-existente entre as estradas SP-270 e SP-280, as quais podem ser consideradas como substitutas entre si e que também são controladas pela ViaOeste”. O trecho final permite concluir ser possível a existência de rodovias concorrentes, que integrem o mesmo mercado relevante. No caso concreto, este ponto somente não era relevante porque, previamente à operação, ambas já pertenciam ao mesmo grupo econômico, de modo que a restrição concorrencial observada não podia ser atribuída ao ato de concentração em análise.

Outro ponto nodal do voto aparece em seguida, quando o Conselheiro Relator critica o modelo tarifário eleito pelo Estado de São Paulo para as rodovias concedidas, que a seu ver não permite o compartilhamento de ganhos de eficiência com os consumidores nem traz incentivos à produção de eficiências:

“20. O preço do pedágio, segundo informação da ARTESP (Agência de Transporte do Estado de São Paulo) é calculado de maneira uniforme para todo o Estado, segundo uma tarifa básica por quilômetro, variando somente em função do padrão físico da rodovia (...)

29. (...) a regulamentação não deve ter objetivos tão estreitos: tem necessariamente de procurar encontrar mecanismos para permitir a concorrência, onde isto é possível. No entanto, no caso da absoluta impossibilidade de viabilizar algum grau de concorrência nas operações, é necessário criar mecanismos para transferir parte dos ganhos de eficiência das empresas reguladas para o consumidor.

30. No caso em análise, foi possível observar situação em que a Requerente controla duas estradas que são, em uma análise perfunctória, vias alternativas para o Estado de São Paulo, conforme se pode ver do mapa anexo.

31. Em situação similar, a Autoridade da Concorrência de Portugal (“AdC”) proibiu operação de concentração que envolvia a aquisição de controle conjunto de Auto-Estradas do Atlântico, pelo grupo Brisa.

32. Em sua decisão a AdC argumentou: ‘(...) Ao longo do processo de análise levado a cabo pela Autoridade, que incluiu uma investigação aprofundada, ficou demonstrado que: (i) no trajeto Lisboa/Leiria, onde existem dois concorrentes, passaria a haver um monopólio; (ii) no percurso Lisboa/Porto, não só se reduziria o número de operadores que passaria de três para dois, como um deles – A Brisa – passaria a deter mais de 75% do mercado.

33. No caso, mesmo em condição de regulação, o órgão português de defesa da concorrência concluiu que a concentração afetaria os pedágios, a qualidade das rodovias, e que não teria ficado demonstrado que os ganhos de eficiência pretendidos não poderiam ser atingidos sem a realização da operação.

34. No caso em análise, a concentração apontada é preexistente à operação analisada. Portanto, não pode ser motivo de imposição de restrições ao presente ato de concentração. No entanto, na instrução do processo verifiquei que a forma como

a regulação é feita no Estado de São Paulo não leva em conta os ganhos possíveis de serem obtidos pelos consumidores pela manutenção de algum grau de concorrência, ou, alternativamente, pela criação de mecanismos de transferência ao consumidor dos ganhos de eficiência.

35. Observe-se que não há qualquer restrição à licitação de trechos alternativos às mesmas operadoras. Mais ainda, calcula-se o preço do pedágio de forma uniforme em todo o Estado, ignorando-se a possibilidade de níveis distintos de eficiência que poderiam beneficiar o usuário dessas estradas.

36. Finalmente, qualquer ganho de eficiência obtido pelas concessionárias não é passível de ser transferido contratualmente para os consumidores. Reciprocamente, qualquer prejuízo às concessionárias, por decisões da autoridade reguladora, é passível de levar à revisão do equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias.

37. Portanto, esse modelo não produz os resultados esperados pela regulação, que é, em última instância, beneficiar o consumidor, não apenas em função da qualidade do serviço ofertado, mas também se criando as condições para que ele seja feito, pelo menor preço possível.

38. Entretanto, nada disto interfere no fato de que, no caso em análise, não há alteração de condições de mercado que justifique a intervenção da autoridade antitruste.”⁴⁸⁴

A decisão acima merece, portanto, detida consideração, pois (i) demonstra que, em situações específicas, há concorrência entre duas estruturas geralmente consideradas monopólios naturais (o caso se refere a duas rodovias concedidas, mas, em tese, a concorrência poderia ser observada, também, entre uma rodovia concedida e uma ferrovia concedida, caso o escoamento da produção da área por elas atendidas pudesse ser feito por um ou outro modal); (ii) em segundo lugar, demonstra que, quando o poder público determina e a entidade reguladora executa uma política tarifária que claramente não fomenta a concorrência – como parece ser o caso narrado, em que o pedágio foi estabelecido uniformemente para todas as rodovias estaduais – o CADE não poderá interferir para determinar a modificação dessa política.

No ato de concentração de constituição da CCR, sociedade que detém algumas das principais concessões rodoviárias do país e que foi analisado conjuntamente duas reestruturações societárias subsequentes, o Conselheiro Relator fixou dois distintos mercados relevantes: (i) o primeiro, de uso da rodovia, que tem por clientes os usuários que transitam pela rodovia e por fornecedor o agente econômico titular do contrato de concessão para sua exploração (monopólio natural); e (ii) o segundo, que seria o (meta) mercado de licitações pelo direito de explorar rodovias, de abrangência nacional, o qual

⁴⁸⁴ AC 08012.009591/2004-95, j. em 26.04.2006, Relator Conselheiro Luiz Delorme Prado.

reúne o conjunto de agentes econômicos aptos a fornecer lances nas licitações de rodovias e, portanto, apresenta-se competitivo.

Com relação ao primeiro, o CADE destacou:

“a mercadoria transacionada é o uso da rodovia ofertado pela entidade que a explora, ou seja, a concessionária. A demanda é feita por empresas de transportes ou por particulares. Neste mercado não há como existir concorrência, do ponto de vista da oferta, visto que cada rodovia é explorada por uma concessionária, em regime de monopólio. Do ponto de vista do consumidor, cada rodovia é, em geral, considerada um mercado relevante geográfico distinto. Eventualmente, todavia, é possível que um trecho rodoviário alternativo seja considerado como uma mercadoria substituta pelo consumidor”.⁴⁸⁵

Já no que tange ao segundo mercado, o Conselheiro Relator observou haver outros grupos econômicos de grande porte capazes de manter um nível aceitável de rivalidade no setor nas futuras licitações para concessões rodoviárias. A operação foi aprovada, sob a condição de ser retirada cláusula de não-concorrência que impedia os acionistas vendedores de competirem com a CCR em futuras licitações de rodovias, pelo prazo de três anos.⁴⁸⁶

A imposição dessa restrição é bastante significativa em termos de ilustração das competências que permanecem com a autoridade concorrencial em mercados regulados.

Partindo-se do pressuposto levantado pelo CADE de que o impedimento de participação dos acionistas vendedores em novos procedimentos licitatórios teria o condão de restringir a competitividade desses certames futuros, a determinação da retirada da cláusula – que, frise-se, estava dentro do prazo de cinco anos geralmente aceito pelo CADE como sendo razoável na alienação de estabelecimentos⁴⁸⁷ – mostra que setores regulados têm condições diferenciadas de acesso ao mercado e, por conseguinte, podem

⁴⁸⁵ Ou, ainda, como esclareceu o Conselheiro Luiz Delorme Prado, em outra ocasião: “de acordo com a jurisprudência do CADE, o mercado de concessões rodoviárias compreende as atividades de execução, gestão e fiscalização de serviços delegados, de serviços de apoio aos serviços não delegados e dos serviços complementares, assim como a atividade de participação de processos licitatórios de outras concessões oferecidas”. AC 08012.003428/2007-70, Relator Luiz Carlos Prado, j. em 30.01.2008.

⁴⁸⁶ Atos de concentração 08012.002816/2001-30; 08012.008442/2003-28; 08012.000070/2004-72, j. em 24.05.2006, Conselheiro Luiz Fernando Rigato.

⁴⁸⁷ Nesse sentido, dispõe a Súmula 5 do CADE: “É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio”.

merecer tratamento mais cauteloso por parte da autoridade concorrencial, em situações específicas.

A possibilidade de haver concorrência no setor rodoviário foi reafirmada no ato de concentração 08012.006786/2008-15, Relator Conselheiro Fernando Furlan, no qual se decidiu acerca do contrato de concessão firmado com a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP para exploração do trecho oeste do Rodoanel Mário Covas:

“13. A análise da existência de concentração horizontal no que tange à concessão rodoviária é mais complexa do que aparenta em uma análise superficial. De fato, o trecho rodoviário conecta infinitos pontos entre o seu início e o seu fim, que, em tese, não são conectados por nenhum outro trecho que se apresente como uma alternativa viável ao usuário.

14. Porém, cada trecho rodoviário é utilizado, no mais das vezes, de forma complementar, como integrante de um sistema rodoviário maior que abrange diversos outros trechos rodoviários e possibilita a conexão de vários outros pontos em uma escala maior, sendo que o acesso a cada trecho só é permitido pela utilização do trecho a ele conectado.

(...)

15. Ao comparar o trecho do Rodoanel sob análise (...) percebe-se claramente que o mesmo não é apenas um fim em si mesmo, mas também parte de um sistema maior, com papel essencial em outros trechos, (...) sendo que este último apresenta trechos alternativos (...)

16. A partir dessa análise do sistema rodoviário e da complementaridade de cada trecho na conexão de dois pontos distantes, podemos concluir pela probabilidade de pressão competitiva exercida na atividade rodoviária por diferentes modais de transporte, como seria o caso das ferrovias.

(...)

18. Dessa forma, verifica-se que a análise do trecho em questão, sob a ótica de um monopólio natural com um fim em si mesmo, não considera outros fatores que podem gerar efeitos importantes sob a ótica concorrencial.

19. Em âmbito da presente análise, é possível a delimitação da dimensão produto do mercado relevante como de prestação de serviços rodoviários, independentemente de uma análise mais aprofundada sobre a substituíbilidade entre os diferentes tipos de modais rodoviários, por conta das características particulares do trecho analisado, o qual tem o condão apenas de interligar diferentes rodovias, não atuando como trecho para a conexão a portos ou outros locais de escoamento de produção.”

O Conselheiro Relator conclui:

“35. Não há como mensurar em que grau se encontra a tarifa inicial prevista no contrato de concessão quando analisada entre dois extremos de preços competitivos e monopolísticos, mas é possível afirmar que a presente operação não terá o condão de produzir efeitos anticompetitivos, pois o contrato de concessão restringe a possibilidade do exercício de poder de mercado a um patamar superior ao praticado antes da operação.

36. Com relação ao outro fator objeto de discricionariedade por parte da CCR, verifica-se que os investimentos a serem realizados nas rodovias também se encontram previstos e descritos nos contratos de concessão, com estabelecimento de metas mínimas para investimentos, que, da mesma forma que as tarifas, não necessariamente representam metas desejáveis do ponto de vista concorrencial, mas limitam a possibilidade do exercício de poder de mercado por parte da CCR.

37. Dessa forma, por conta do estabelecimento de metas mínimas e tarifas máximas em todas as rodovias sob concessão da CCR envolvidas na operação, o presente ato de concentração não teria o condão de alterar negativamente a situação anterior do polígono (...)”⁴⁸⁸

Destacando a possibilidade de existência de concorrência intermodal, veja-se trecho de decisão do Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho:

“Aliás, o simples fato de ser um setor regulado não significa que os aspectos concorrenciais tenham menor importância ou que exista alguma imunidade antitruste. Além disso, o fato de existir preço máximo autorizado na regulação (*price cap*), por si só, também não retira as preocupações de ordem concorrencial. Como mencionado na jurisprudência do CADE, no âmbito dos transportes terrestres é possível, ao menos em teoria, que exista a concorrência entre distintos modais logísticos, assim como é possível que haja concorrência entre diferentes rodovias que possuam o mesmo par de origem/destino. Portanto, a concorrência inter-rodovias pode garantir preços módicos de pedágio e até abaixo do preço limite (*price cap*) estipulado pela Agência Reguladora responsável. Destarte, mesmo quando há estipulação de preço máximo de pedágio, verifica-se um vasto espaço para concorrência intermodais, (1) pela qualidade dos serviços prestados e (2) pela variação de preços abaixo do limite máximo. Portanto, a análise regulatória não é e não deve ser excludente da avaliação concorrencial.”⁴⁸⁹

É preciso mencionar também que, em alguns atos de concentração, foi constatada a possibilidade de integração entre a atividade de concessão de rodovias (serviço público) e aquela de prestação de serviços às rodovias. Veja-se, a título ilustrativo:

⁴⁸⁸ AC 08012.006786/2008-15, j. em 15.10.2008, Relator Conselheiro Fernando Furlan.

⁴⁸⁹ AC 08012.011991/2008-94, j. em 17.06.2009.

“Existe, todavia, a possibilidade de que exista uma integração vertical entre o Consórcio Construtor Paulista e Centrovias, já que os serviços prestados pelo Consórcio a Autovias poderiam ser prestados também a Centrovias. Contudo, conforme analisado pela SEAE e pela SDE, a Centrovias não possui poder de mercado suficiente para prejudicar a prestação de serviços de melhoria e manutenção das rodovias, existindo, além disso, outras empresas capazes de prestar os mesmos serviços às diversas concessionárias ou ao próprio grupo OHL”.⁴⁹⁰

Demonstrando, no entanto, a possibilidade de haver preocupações concorrenciais futuras, a depender do desenho dos novos editais de licitação, conclui:

“38. Entretanto, julgo inevitável salientar a importância de uma preocupação em relação ao procedimento licitatório para concessão dos futuros trechos do rodoanel com relação à concentração horizontal e sobre a possibilidade de participação de concessionárias com direito de explorar trechos diretamente afetados pelo rodoanel, como foi o caso da presente operação.

39. Conforme verificado, a presente operação não apresenta efeitos anticompetitivos, mas poderia, em tese, demonstrar efeitos mais benéficos caso as concessionárias dos futuros trechos do Rodoanel fossem diferentes das responsáveis pela administração e exploração das rodovias afetadas pelos mesmos.”

Por fim, merece ser lembrada a já citada decisão proferida no julgamento do ato de concentração 0812.004023/2009-11, na qual o Relator Olavo Chinaglia sustentou que o fato de um agente econômico lograr-se vencedor isolado, isto é, não consorciado, de um procedimento licitatório para concessão de rodovias e, por conseguinte, firmar um contrato de concessão, não poderia ser interpretado como ato de concentração na acepção do art. 54 da Lei 8.884/94, devendo ser reconhecido como ganho de mercado decorrente de maior eficiência unilateral do agente econômico, situação, portanto, de enquadramento no art. 20, §1º da Lei 8.884. Este entendimento foi seguido, à unanimidade, pelo Plenário do CADE.⁴⁹¹

É relevante mencionar que, além deste, nossa pesquisa encontrou outros 04 atos de concentração no setor de rodovias que não foram conhecidos. Desses, 03 referiam-se a operações societárias sem alteração de controle, mas apenas de consolidação de controles

⁴⁹⁰ AC 08012.002519/2002-75, Relator Conselheiro Fernando de Oliveira Marques, j. em 06.08.2003.

⁴⁹¹ Esta posição, no entanto, apresenta-se controvertida, conforme discutiremos no Capítulo V.

preexistentes;⁴⁹² a quarta operação não foi conhecida alegadamente porque as requerentes não preenchiam nem o critério do faturamento nem estavam entre as 20 maiores empresas de construção pesada,⁴⁹³ isto é, aquelas capazes de participar do metamercao das licitações para concessão de rodovias, tampouco preenchendo o critério de 20% de participação de mercado.⁴⁹⁴

É interessante observar que a análise deste segundo critério somente faz realmente sentido no metamercao das rodovias, já que, no mercado de uso da rodovia, a concessionária, no mais das vezes, deterá 100% do mercado relevante, excepcionadas as hipóteses em que rodovias compitam pelo transporte de cargas ou passageiros, por terem pontos de origem e destino próximos, ou em que o mercado relevante seja definido considerando a possibilidade de concorrência intermodal.

Após a descrição acima dos casos, concluímos ser o seguinte o perfil dos julgados do CADE relacionados ao setor de concessão de rodovias:⁴⁹⁵

■ Total de casos julgados:	23
■ Atos de concentração – Total:	22
■ Aprovados sem restrições	20
■ Aprovados com restrições	02
■ Reprovados	zero
■ Averiguação preliminar:	01 ⁴⁹⁶
■ Processos administrativos:	zero

⁴⁹² AC 08012.002915/2006-07; AC 08012.000321/2006-81; AC 08012.005134/2009-36.

⁴⁹³ AC 08012.006718/2002-51, j. em 26.07.2006, Relator Conselheiro Ricardo Cueva.

⁴⁹⁴ Informação obtida no parecer da Secretaria de Direito Econômico, AC 08012.006718/2002-52. Parecer proferido em 2006, data não disponível.

⁴⁹⁵ Cumpre lembrar que, conforme esclarecido na introdução, casos de não conhecimento de atos de concentração não foram considerados na análise quantitativa.

⁴⁹⁶ Trata-se de uma acusação de cartel para participação em licitação, que terminou por ser arquivada.

4.6.2.4 Aeroportos (*slots*)

Há poucas decisões do CADE que tratam especificamente de infraestrutura aeroportuária. Existem vários casos que se referem ao setor aéreo, mas é preciso esclarecer que, para efeitos do presente trabalho, nosso foco de análise não reside propriamente na concorrência no serviço de transporte aéreo de passageiros ou cargas, já que este é reconhecido como um mercado que admite competição entre distintos agentes econômicos.

A questão mais relevante para o objeto da tese reside no acesso à infraestrutura aeroportuária, em especial, aos *slots* (espaços temporais para pousos e decolagens),⁴⁹⁷ pois, onde esses forem escassos, poderá haver um gargalo estrutural capaz de limitar a possibilidade de maior concorrência entre as companhias aéreas e o ingresso de novos agentes na prestação dos serviços de transporte. A regulação setorial denomina a esses aeroportos em que não há ociosidade de espaços temporais de “coordenados”.⁴⁹⁸

Nos termos do art. 21, XII, “c”, da Constituição Federal, compete à União Federal “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, a infraestrutura aeroportuária”.

Os mais relevantes aeroportos brasileiros são administrados pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, empresa pública federal.⁴⁹⁹ As atividades aeroportuárias desenvolvidas pela INFRAERO têm sido reconhecidas, pelo Supremo Tribunal Federal, até o momento, como serviços públicos.⁵⁰⁰

⁴⁹⁷ O art. 1º, IV, da Resolução 02/2006 da Agência Nacional de Aviação Civil define *slot* como “o horário estabelecido para uma aeronave realizar uma operação de chegada ou uma operação de partida em um aeroporto coordenado”.

⁴⁹⁸ A resolução ANAC 02/2006 define “aeroportos coordenados” como sendo aqueles “onde a expansão de capacidade, a curto prazo, é altamente improvável e a demanda por facilidades excede as possibilidades aeroportuárias, causando saturação em determinadas faixas de horário e durante um período de tempo relevante, implicando em que as tentativas de resolver os problemas por meio de modificações voluntárias de horário normalmente não são bem sucedidas, tendo as empresas que receber a alocação de *slots* para operar no aeroporto”.

⁴⁹⁹ De acordo com informações disponibilizadas pela INFRAERO, a empresa administra “66 aeroportos, 69 Grupamentos de Navegação Aérea e 51 Unidades Técnicas de Aeronavegação, além de 34 terminais de logística de carga. Estes aeroportos concentram aproximadamente 97% do movimento do transporte aéreo regular do Brasil”. Fonte: www.infraero.gov.br. Acesso em 10.01.2012.

⁵⁰⁰ Ver, dentre outras, as seguintes decisões: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO. IMUNIDADE RECÍPROCA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA DO STF REAFIRMADA. INOVAÇÃO DE MATÉRIA EM

A Lei 11.182/2005, que criou a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, confere a essa agência competência para regular a infraestrutura aeroportuária civil do país.⁵⁰¹ Estabelece, ainda, que essa poderá vir a ser delegada mediante um modelo de concessão, a ser submetido à aprovação do Presidente da República.⁵⁰²

Do prisma concorrencial, aeroportos não são estruturas de simples duplicação, sendo poucos os que podem ser considerados concorrentes entre si. Dessa forma, aeroportos tendem a ser reconhecidos como monopólios naturais, pois são infraestruturas

AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I – Esta Corte, ao apreciar o ARE 638.315/BA, Rel. Min. Cezar Peluso (Presidente), reconheceu a repercussão geral do tema em debate e reafirmou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que é compatível com a Constituição a extensão de imunidade tributária recíproca à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, na qualidade de empresa pública prestadora de serviço público. II – A questão referente à restrição da norma constitucional de imunidade tão-somente ao serviço público de infraestrutura aeroportuária delegado à INFRAERO não foi arguida no recurso extraordinário e, desse modo, não pode ser aduzida em agravo regimental. É incabível a inovação de fundamento nesta fase processual. Precedentes. III – Agravo regimental improvido”. (AI 838510 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 06/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-239 DIVULG 16-12-2011 PUBLIC 19-12-2011) “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO. EMPRESA PÚBLICA. IMUNIDADE RECÍPROCA. ARTIGO 150, VI, "A", DA CB/88. 1. A Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO, empresa pública prestadora de serviço público, está abrangida pela imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, "a", da Constituição. 2. Não incide ISS sobre a atividade desempenhada pela INFRAERO na execução de serviços de infra-estrutura aeroportuária, atividade que lhe foi atribuída pela União [artigo 21, XII, "c", da CB/88]. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 524615 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/09/2008, DJE-187 DIVULG 02-10-2008 PUBLIC 03-10-2008 EMENT VOL-02335-07 PP-01451 RTJ VOL-00207-02 PP-00826)

⁵⁰¹ Lei 11.182/05: “Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe: (...) XIX – regular as autorizações de horários de pouso e decolagem de aeronaves civis, observadas as condicionantes do sistema de controle do espaço aéreo e da infraestrutura aeroportuária disponível; XX – compor, administrativamente, conflitos de interesses entre prestadoras de serviços aéreos e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária; XXI – regular e fiscalizar a infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, com exceção das atividades e procedimentos relacionados com o sistema de controle do espaço aéreo e com o sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos; (...) XXIV – conceder ou autorizar a exploração da infraestrutura aeroportuária, no todo ou em parte; XXV – estabelecer o regime tarifário da exploração da infraestrutura aeroportuária, no todo ou em parte; (...) XXX – expedir normas e estabelecer padrões mínimos de segurança de voo, de desempenho e eficiência, a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços aéreos e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, inclusive quanto a equipamentos, materiais, produtos e processos que utilizarem e serviços que prestarem; (...)”. As competências da ANAC circunscrevem-se à infraestrutura aeroportuária de natureza civil: “Art. 8º. (...) § 7º As expressões infraestrutura aeronáutica e infraestrutura aeroportuária, mencionadas nesta Lei, referem-se às infraestruturas civis, não se aplicando o disposto nela às infraestruturas militares ”.

⁵⁰² Lei 11.182/2005. “Art. 3º A ANAC, no exercício de suas competências, deverá observar e implementar as orientações, diretrizes e políticas estabelecidas pelo governo federal, especialmente no que se refere a: (...) II – o estabelecimento do modelo de concessão de infraestrutura aeroportuária, a ser submetido ao Presidente da República; (...)”.

essenciais à prestação do serviço de transporte aéreo, de custos elevados e, salvo em grandes aglomerações urbanas, não duplicáveis.

A esse respeito, em consulta formulada sobre qual seria o papel do CADE diante da crise aérea, em janeiro de 2000, o Plenário assim se manifestou:

“Decide o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por unanimidade, responder à consulta nos termos do voto da Relatora, a qual reconhece a competência do CADE em apreciar eventuais fusões que venham a ocorrer no setor de aviação civil, a necessidade de maior coordenação entre este Conselho e o DAC – Departamento de Aviação Civil, bem como a adequação e harmonização das legislações. Considera a indústria de transporte aéreo um mercado contestável, já que as únicas barreiras à entrada e saída seriam de natureza institucional. Essa indústria tende a apresentar economias de escala e de escopo. Concluiu, assim, que a obtenção de posição dominante não deriva diretamente da aquisição dos ativos patrimoniais da companhia aérea, mas principalmente da aquisição, parcial ou integral, do portfólio. A concorrência não depende apenas do número de companhias aéreas, mas do acesso não-discriminatório destas nos aeroportos. A concentração, se não houver rotas sobrepostas, não prejudicará o mercado, e caso haja os prejuízos serão mínimos. Os ganhos de eficiência deverão ser, obrigatoriamente, repassados ao consumidor.”⁵⁰³

Dessa forma, já em 2000 o CADE afirmava, em tese, que uma das principais preocupações, para fins de estabelecimento de concorrência no setor aéreo, residia no acesso à infraestrutura aeroportuária. A Relatora da referida Consulta, Hebe Romano, observou que:

“Considerações sobre a concorrência em transporte aéreo não podem estar desvinculadas da política – concorrencial e regulatória – dos aeroportos. Com o processo de liberalização da aviação civil, aeroportos se tornaram ativos fundamentais para as companhias aéreas face à crescente concorrência. O acesso a aeroportos, assim, torna-se um fator fundamental no desenvolvimento das empresas. Por exemplo, em aeroportos que sofrem problemas de congestionamento, empresas aéreas previamente estabelecidas, e portanto com espaços garantidos no aeroporto (portões de embarque/desembarque, locais de estacionamento, local para check-in, balcão de compra e venda de passagens, etc.), tem enorme vantagem sobre concorrentes potenciais.

Deste modo, o aeroporto possui características de *essential facility* (infraestrutura essencial). (...). A função dos órgãos reguladores deve ser o de garantir igualdade

⁵⁰³ Acórdão em resposta à Consulta 45/99, formulada pelo Senador Eduardo Suplicy, na qual o Senador solicitava “averiguações preliminares e estudos acerca da crise enfrentada pela aviação civil brasileira e o possível processo de fusão que vem sendo anunciado pelas companhias aéreas nacionais”. Decisão proferida em 19.01.2000, unânime.

de tratamento entre as empresas, e assim, assegurar a pressão competitiva necessária para garantir menores preços e maior qualidade.”⁵⁰⁴

No Brasil, praticamente todos os aeroportos do país apresentam capacidade ociosa, de modo que a infraestrutura não constitui um limitador da capacidade competitiva das companhias aéreas. A grande exceção é o aeroporto de Congonhas/SP.⁵⁰⁵ havendo também restrição de *slots* disponíveis nos aeroportos de Guarulhos/SP e Santos Dumont/RJ. Os três são considerados aeroportos coordenados, nos termos da Resolução da ANAC 02/2006, segundo aponta a jurisprudência do CADE.⁵⁰⁶

O tema da outorga dos *slots* mereceu tratamento específico por parte do regulador setorial,⁵⁰⁷ que estabeleceu o princípio da igualdade de oportunidade dos agentes econômicos,⁵⁰⁸ e, no caso de aeroportos coordenados, de um sistema pelo qual ao menos

⁵⁰⁴ Voto da Conselheira-Relatora Hebe Romano em resposta à Consulta 045/99, j. em 19.01.2000.

⁵⁰⁵ Conforme destacou o Conselheiro Paulo Furquim em voto de vista no AC 08012.003267/2007-14: “pelas características dos mercados brasileiros de transporte aéreo de passageiros, o principal ativo relevante à concorrência, que não pode ser replicado por concorrentes, é a disponibilidade de slots no Aeroporto de Congonhas. Outros ativos, como expertise na prestação de serviços, são obviamente relevantes, mas podem, em última análise, ser replicados com maior ou menor grau de competência, o que impõe alguma pressão concorrencial às empresas estabelecidas”. Adiante, no mesmo voto, o Conselheiro alude à “essencialidade” do aeroporto de Congonhas na prestação dos serviços, o que reforça a sua características de infraestrutura essencial não duplicável: “a essencialidade do Aeroporto de Congonhas poderá, no futuro, ser atenuada com a constituição de novos hubs na malha aérea brasileira, o que é plausível se houver expansão acelerada desse mercado e mudanças regulatórias apropriadas. No estado corrente desse mercado, entretanto, é inegável a essencialidade desse aeroporto e não há elementos para projetar uma alteração desse estado com elevado grau de confiabilidade. Este é o estado da arte em que este Conselho deve tomar sua decisão. Não havendo condições de entrada tempestiva no Aeroporto de Congonhas e sendo a operação neste ‘fundamental para as empresas’, os eventuais prejuízos à concorrência decorrentes da operação somente poderiam ser mitigados por uma intensa rivalidade entre as empresas já estabelecidas (...)”.

⁵⁰⁶ Informação constante voto do Conselheiro Relator Ricardo Ruiz no ato de concentração 08012.000321/2010-67, Requerentes TAM e Pantanal, j. em 18.08.2010, p. 13.

⁵⁰⁷ Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi mencionam que “a infraestrutura aeroportuária tem características que justificam a existência de um regulador no mercado de aviação civil. Em especial, o acesso aos chamados *slots* – isto é, espaços nos aeroportos, e às rotas aéreas, que são recursos escassos, é essencial para que as empresas possam competir. *Slots* e rotas são também os elementos que tornam o transporte aéreo uma indústria de rede, em que há questões de interconexão e externalidades de rede que não são internalizadas de forma ótima nas decisões das empresas”. *Direito, economia e mercados*, p. 341.

⁵⁰⁸ Resolução ANAC 02/2006: Art.1º A alocação de horários de chegadas e partidas em aeroportos que operem no limite de sua capacidade operacional em faixas de horários com alta densidade de tráfego aéreo doméstico será efetuada de acordo com as normas deste Regulamento e observará o princípio da igualdade de oportunidade entre todas as empresas concessionárias de serviços de transporte aéreo público doméstico regular de passageiros.

1/5 desses *slots* ficaria disponível a novos entrantes⁵⁰⁹, prevendo ainda, um sistema de rodízio.⁵¹⁰

Apesar de haver regulação setorial, a realização de atos de concentração envolvendo empresas aéreas pode ensejar uma concentração de *slots* em um mesmo agente econômico. A doutrina também aponta que a regulação setorial, tal como concebida pela agência reguladora, terminou por reforçar a dominância das empresas historicamente já estabelecidas no setor.⁵¹¹

Passamos então a analisar as decisões dos órgãos de defesa da concorrência que trataram do tema de alocação dos *slots* em aeroportos coordenados.⁵¹²

⁵⁰⁹ Nesse sentido, dispõe o art. 3º da Res. 02/06 da ANAC: “O sistema de alocação de pares de *slots* de que trata este Regulamento pressupõe a organização de duas grades de rodízio em cada aeroporto coordenado, sendo: I - uma grade destinada às concessionárias que já atuam no respectivo aeroporto, na qual serão alocados 4/5 (quatro quintos) dos pares de *slots* disponíveis; II - uma grade destinada às concessionárias entrantes, na qual serão alocados 1/5 (um quinto) dos pares de *slots* disponíveis”.

⁵¹⁰ O sistema de rodízio está previsto no art. 6º da Resolução 02/06 da ANAC: “Art. 6º. O sistema de rodízio de alocação de *slots* em aeroporto coordenado será implantado pela ANAC por intermédio de processo administrativo específico que terá cinco fases: I - a primeira fase, destinada à convocação das concessionárias para participarem do processo administrativo de alocação dos pares de *slots*; II - a segunda fase, destinada ao sorteio das posições iniciais que cada concessionária ocupará na respectiva grade de rodízio; III - a terceira fase, destinada à escolha, pelas concessionárias, de cada par de *slot* disponível para alocação, observada a ordem de precedência decorrente da posição ocupada na respectiva grade de rodízio; IV - a quarta fase, destinada ao exame e julgamento da documentação de habilitação; V - a quinta fase, destinada à deliberação da Diretoria Colegiada da ANAC quanto à adjudicação e homologação do resultado do julgamento da habilitação”.

⁵¹¹ Alessandro Oliveira observa, nesse sentido, que “a formatação da regra [do rodízio] acabou por preservar as participações de mercado das companhias aéreas dominantes no Aeroporto de Congonhas (Tam, Gol e Varig), o que, na prática, apenas serviu como consolidação do sistema de *grandfather rights*, que prevalecia até então. Os chamados *grandfather rights* retratam uma situação típica do transporte aéreo mundial, no qual a dominância histórica da(s) companhia(s) aérea(s) em um dado aeroporto se torna institucionalizada pelas próprias regras que governam aquele aeroporto, isto é, todo o arcabouço normatizador da rotina aeroportuária acaba sempre por consolidar a dominância do agente de operação aérea”. OLIVEIRA, Alessandro. Regulação da oferta no transporte aéreo. In SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 162.

⁵¹² Não estão referenciados neste item da pesquisa os vários atos de concentração envolvendo tão-somente acordos de compartilhamento de assentos em aeronaves (*code sharing*). Embora tenhamos analisado todos os julgados envolvendo essas matérias que encontramos em nossa pesquisa, neles não encontramos alusão a preocupações com a distribuição dos *slots* nos aeroportos nacionais. Conforme se passa a esclarecer no texto, somente nos atos de concentração relacionados à alienação dos ativos decorrentes da antiga Varig foram encontradas referências a preocupações de caráter concorrencial atreladas à concentração de *slots* pelas Requerentes, notadamente no aeroporto de Congonhas. Tampouco nos casos em que foram investigadas condutas anticompetitivas no setor de transporte aéreo (p. ex., PA 08012.006777/1999-70 – cartel da ponte aérea e AP 08001.006298/2004-03 – acusação de prática de preço predatório na venda de passagem aérea, arquivado) foram encontradas discussões especificamente atreladas à competição no setor aéreo e ao tema dos *slots*. Essas condutas, no entanto, foram consideradas na análise, uma vez que a possibilidade de se praticar algumas condutas anticompetitivas no setor aéreo podem depender da detenção de posição dominante no que tange à ocupação dos *slots* nos aeroportos.

No ato de concentração 08012.007916/2006-67, envolvendo a aquisição do negócio “Varig” pelo grupo Gol Transportes Aéreos, a SEAE realizou algumas sugestões de aperfeiçoamento do marco regulatório do setor aéreo, que foram endossadas pelo Conselheiro Relator.⁵¹³ No entanto, na linha da complementaridade de competências que se adotou no Brasil, a solução encontrada foi enviar um “Ato de Constatação” à ANAC, instituto mencionado no voto do Relator como tendo sido vislumbrado por Hely Lopes Meirelles para situações em que uma autoridade constata uma situação, mas, por lhe faltar competência para atuar, encaminha suas observações àquela que é competente. O interessante do Ato de Constatação é que ele vincula a administração que o emite, ou seja, se o CADE expede recomendações à ANAC por meio desse instrumento, vincula-se ao entendimento ali esposado.

Outro tema relevante levantado nesse ato de concentração diz respeito à relação entre barreiras regulatórias e análise concorrencial. Embora as Requerentes alegassem que as barreiras regulatórias observadas no setor de aviação civil – como as restrições de acesso a *slots* que pode enfrentar uma entrante no mercado e as limitações à participação de capital estrangeiro – não eram específicas da operação e, portanto, deveriam ser desconsideradas na análise concorrencial, o Conselheiro Relator decidiu que as barreiras deveriam ser consideradas, pois “referem-se ao mercado de transporte aéreo doméstico e, embora não sejam decorrentes da operação, interferem nos efeitos decorrentes da mesma”. Em seguida, o Conselheiro constatou:

“O fato é que essas barreiras existem e, por essa razão, compõem um cenário em que o exercício do poder de mercado torna-se mais factível por parte das empresas incumbentes. Desse modo, é nesse cenário que a autoridade concorrencial deve contextualizar a presente operação e verificar que medidas deverão ser tomadas para que a concorrência no setor seja preservada, se for o caso.”

No ato de concentração 08012.003267/2007-14, também referente à alienação da Varig, foi discutido se o CADE tinha competência para impor restrições, como condição para aprovar um ato de concentração, que tivessem efeito sobre os *slots* nos aeroportos, tendo em vista que essa infraestrutura é objeto de regulação pela ANAC.

⁵¹³ AC 08012.003627/2007-14, Relator Luís Fernando Rigato, j. em 07.05.2008.

Em seu voto, o Conselheiro Paulo Furquim sugeriu que, como condição para aprovação da operação, as Requerentes fossem obrigadas a devolver alguns *slots* de Congonhas à ANAC, o que gerou uma discussão no Plenário acerca da competência do CADE para deliberar sobre o tema, face à competência da agência reguladora da aviação civil.

Respondendo favoravelmente a essa possibilidade, o Conselheiro Luiz Carlos Prado, em voto-vista, observou:

“Frise-se que não está se falando aqui, do CADE, pessoalmente, criar ou dividir *slots* e expedir novas normas regulamentares. Não há dúvida que esta é uma tarefa da agência reguladora, que deve observar procedimentos não apenas com vistas a manter a concorrência, mas também a fim de zelar pela segurança dos voos e aeroportos, fiscalizar as empresas atuantes no setor e seus ativos e até mesmo observar necessidades práticas de gerenciamento de *slots*, atividade que requer uma organização profunda, envolvendo diversos agentes e aeroportos. Deve-se, no entanto, atingir um ponto ótimo de convergência entre o órgão regulador e o órgão antitruste que permita a este intervir minimamente nos casos em que visualize problemas concorrenciais graves eventualmente não sanados pela agência reguladora. No caso me parece descabido que o CADE não possa, ao menos, condicionar a aprovação de um dado ato de concentração à ‘devolução’ de certa quantidade de *slots* por parte de um dos participantes da operação, ficando a cargo da ANAC redistribuir esses *slots* posteriormente, atentando para as normas regulamentares e de defesa da concorrência. Não está aqui se falando de uma intervenção ativa, normalmente imputada ao regulador, mas sim de uma intervenção passiva pelo SBDC, controlando estruturas e sancionando condutas, como lhe é permitido por lei.

Dizer que o CADE é incompetente para aplicar restrições estruturais ou sanções toda vez que disso possam ser gerados efeitos no campo regulatório significa dizer que o CADE não poderia, nunca, manifestar-se sobre casos ocorridos no âmbito de setores regulados, o que não encontra amparo legal ou doutrinário. Com efeito, se o CADE, ao analisar um ato de concentração no setor elétrico, decide condicionar a operação à venda de ativos de geração elétrica ou outros, tal decisão certamente terá repercussões regulatórias, posto que a compra e venda desses ativos depende de intervenção e regulamentação do órgão regulador. No setor de telecomunicações ocorreria o mesmo, assim como no de aviação civil e em todos os outros mercados regulados. Ora, se o CADE não pode impor restrições que impliquem efeitos no âmbito regulatório, ele jamais poderá impor restrições em qualquer ato de concentração ocorrido em setores regulados, o que significa que a análise dessas operações pelo SBDC não teria qualquer propósito prático. Certamente não foi essa a intenção da Lei ao determinar que os atos de concentração, inclusive envolvendo pessoas de direito público, em regime de monopólio e sob controle estatal, sejam levados à apreciação do CADE (art. 15 da Lei n. 8.884/94).

Por todas essas razões, menos ainda se pode dizer que o CADE seja incompetente para se pronunciar sobre os *slots* pelo simples fato de serem outorgados pela ANAC. Conforme restou explanado anteriormente, o órgão antitruste pode e deve

intervir onde o órgão regulador falhou, caso entenda haver problemas concorrenciais.”⁵¹⁴

No mesmo sentido, o Conselheiro Fernando Furlan destacou, em seu voto-vista, que a regulação da ANAC admite a devolução de *slots* por parte das concessionárias do serviço de transporte aéreo de passageiros. Classificando a deliberação do CADE como ato de “jurisdição voluntária”, isto é, ato a que as requerentes se sujeitam porque desejam realizar uma operação de concentração, a seu ver as Requerentes deveriam “desistir” dos 10 *slots* em questão, devolvendo-os “voluntariamente” à ANAC, caso o Conselho deliberasse nesse sentido. Ou seja, perante o CADE, a devolução seria um ato mandatório e condição para aprovação da operação; perante a ANAC, seria um ato voluntário das Requerentes.

No entanto, o Conselho, por maioria, entendeu que, no caso concreto, a imposição da restrição de devolução dos *slots*, como condição para aprovação da operação, não se fazia necessária, pois a rivalidade que permaneceria, após a operação, entre Gol e TAM, seria suficiente para assegurar padrões aceitáveis de concorrência no mercado. Assim, a única restrição imposta à operação consistiu na restrição da abrangência da cláusula de não-concorrência, que foi limitada ao mercado relevante da operação, qual seja, o de transporte regular de passageiros.⁵¹⁵

Em termos quantitativos, tendo em consideração que o serviço de transporte aéreo de cargas e passageiros mostra-se competitivo, observamos que, dos onze atos de concentração analisados,⁵¹⁶ somente em 03 encontramos referência ao tema dos *slots*,

⁵¹⁴ AC 08012.003267/2007-14, voto de vista proferido pelo Conselheiro Luiz Carlos Prado em 25.08.2008.

⁵¹⁵ A decisão restou assim ementada: “Ato de concentração. Subsunção ao art. 54, §3º, em razão do faturamento e participação de mercado das Requerentes. Apresentação tempestiva. Taxas processuais recolhidas. Aquisição da VRG Linhas Aéreas S.A. pela GTI S.A., pertencente a Gol Linhas Aéreas Inteligentes. A VRG, até a presente operação, é detentora da Unidade Produtiva Varig, alienada em leilão, em processo de recuperação judicial das empresas Varig, Rio Sul e Nordeste Linhas Aéreas S.A. Mercado de transporte aéreo de passageiros, nacional e internacional, considerados ponto de origem/destino. Cláusula de não-concorrência abrangendo, além do mercado relevante, o setor de transportes exclusivos de cargas. Existência de elevada concentração horizontal na oferta de assentos nos mercados considerados. Mercados relativamente contestáveis, com exceção dos trechos envolvendo o aeroporto de Congonhas e as rotas internacionais, onde se verificou a existência de efetiva rivalidade no mercado. Pareceres convergentes pela aprovação. Aprovação, com a restrição de limitar a cláusula de não-concorrência ao mercado relevante da operação” (AC 08012.003267/2007-14, j. em 25.06.2008).

⁵¹⁶ Excluídos os atos de concentração envolvendo acordos de *code sharing*, que foram desconsiderados em nossa análise quantitativa, pois geralmente são casos de baixa complexidade, que tramitam sob o rito sumário, e ao analisarmos as decisões do CADE em acordos de compartilhamento de assentos em aeronaves, não encontramos qualquer referência ao tema do acesso aos *slots* em sua análise.

justamente aqueles que se relacionavam à venda dos ativos Varig, porque envolviam *slots* localizados no aeroporto de Congonhas, e à aquisição, pela TAM, da Pantanal. Ainda assim, todos foram aprovados sem restrições.

Em síntese, em nossa pesquisa não encontramos decisão em ato de concentração em que o CADE tenha intervindo sobre o setor de transporte aéreo ou de infraestrutura aeroportuária.⁵¹⁷ Os dados obtidos demonstram que, até a presente data, o CADE não realizou intervenção estrutural sobre os setores de transporte aéreo de passageiros ou de infraestrutura aeroportuária, tendo, no entanto, manifestado formalmente sua competência, em tese, para fazê-lo, ao sinalizar que poderia impor às Requerentes a devolução voluntária de *slots* à ANAC como condição para aprovar um ato de concentração.

O mesmo não se pode dizer no que tange a condutas anticompetitivas no serviço de transporte aéreo. O setor aéreo já foi objeto de condenação pela prática de cartelização no mercado de transporte aéreo de passageiros na rota Santos Dumont/RJ – Congonhas/SP,⁵¹⁸ e a Gol já foi investigada por prática de preço predatório, em averiguação preliminar que foi arquivada ante o fato de que, à época da acusação, a empresa não detinha poder de mercado, e que as passagens vendidas em condições muito favorecidas eram limitadas em quantidade e temporalmente, o que caracterizava uma mera promoção de entrante no mercado.⁵¹⁹

Nesses dois julgados, não encontramos comentários específicos acerca de possíveis dificuldades atreladas ao acesso à infraestrutura aeroportuária. Por outro lado, acreditamos que seja relevante mantê-los como resultados da pesquisa, pois a prática de infrações à ordem econômica pressupõe a existência de poder de mercado, o que, no setor aéreo, pode estar bastante relacionado à detenção de direitos de exploração de *slots* em aeroportos coordenados.

Especialmente no caso da condenação pela cartelização na prestação de serviço de transporte na ponte aérea Rio-São Paulo, é intuitivo que uma das barreiras à entrada no setor e que teria facilitado o acordo colusivo advinha do fato de que as quatro empresas, à época, respondiam pela imensa maioria dos *slots* disponíveis para a prestação de serviço

⁵¹⁷ A pesquisa quantitativa apresentará um caso em que a aprovação da operação foi subordinada à restrição de cláusula de não concorrência ao mercado relevante geográfico da operação, mas não se trata propriamente de uma intervenção sobre a estrutura aeroportuária, foco da análise.

⁵¹⁸ PA 08012.000677/1999-70, Relator para o acórdão Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe, maioria.

⁵¹⁹ AP 08001.006298/2004-33.

nessa rota, o que, atrelado aos elevados custos iniciais dessa indústria, tornava esse mercado mais propenso à cartelização. Atualmente, esse é um aeroporto reconhecido pela ANAC como “coordenado”, ou seja, no qual há restrições de infraestrutura aeroportuária à expansão da oferta e, assim, à entrada de novos concorrentes.

Nossa pesquisa quantitativa retornou os seguintes julgados para o setor aéreo:

■ Total de casos julgados:	12 ⁵²⁰
■ Atos de concentração – Total:	10
■ Aprovados sem restrições:	09
■ Aprovados com restrições:	01 ⁵²¹
■ Reprovados:	zero
■ Averiguação preliminar:	01 ⁵²²
■ Processos administrativos:	01 ⁵²³

4.6.3 Distribuição de gás canalizado

A cadeia produtiva da oferta de gás natural apresenta distintos segmentos, com diferentes características.

No Brasil, a produção e o transporte de gás são atividades monopolizadas pela União Federal (art. 177, CF/88), ao passo que a distribuição de gás canalizado constitui um serviço público de competência dos Estados-membros, nos termos do art. 25, §2º, da Constituição de 1988.⁵²⁴ Existem ainda atividades que são abertas à livre iniciativa, embora

⁵²⁰ Incluídos casos buscados pela chave “transporte aéreo” e excluídos os atos de concentração relativos a acordos de *code sharing*.

⁵²¹ Restrição da cláusula de não-concorrência ao mercado geográfico da operação.

⁵²² Acusação de prática de preço predatório, que restou arquivada.

⁵²³ A condenação do cartel da ponte aérea.

⁵²⁴ A diferença entre o transporte e a distribuição de gás canalizado está relacionada à pressão do produto nos respectivos dutos. Como esclarece Diaz, “o sistema de transporte é feito através da entrada do gás do poço

sujeitas à autorização operativa da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, como é o caso do GLP.⁵²⁵

Para fins do presente estudo interessam-nos os segmentos da indústria do gás que constituem monopólios naturais, nomeadamente o transporte por meio de gasodutos e a distribuição de gás canalizado. Neste tópico estudaremos esta última, dada a sua característica de serviço público, sendo o transporte de gás natural analisado adiante.

A distribuição de gás canalizado caracteriza-se por ser um monopólio natural, tendo em vista a necessidade de se construir e manter a rede física de tubulação de gás.⁵²⁶ O fornecimento de gás canalizado é reconhecido como serviço que não possui substitutos, pois não compete com outras matrizes energéticas, conforme histórico entendimento do CADE, que circunscreve o mercado relevante do produto à distribuição de gás canalizado, e o mercado geográfico à área objeto do contrato de concessão.⁵²⁷

até uma rede de transmissão de alta pressão, de onde é distribuído a gasodutos regionais de menor pressão”. DÍAZ, Jorge Mercado. *¿Pueden desarrollarse mercados competitivos de gas?* Un estudio comparativo de gas natural en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 27.

⁵²⁵ Sobre a regulação do setor de gás ver LOSS, Giovani Ribeiro. *A regulação setorial do gás natural*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. Existe alguma controvérsia acerca da extensão da competência regulatória dos Estados-membros no que tange à regulação do fornecimento de gás que não seja por meio de canalização. Este tema foge ao escopo do presente trabalho, que se limita a abordar infraestruturas que apresentam problema de monopólio natural. Para uma discussão aprofundada sobre a extensão e os limites da competência regulatória estadual sobre a distribuição de gás, ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação e poder de polícia no setor de gás. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, Fórum, n. 06, abri/jun 2004, pp. 97/125 e BINENBOJM, Gustavo. Transporte e distribuição do gás natural no Brasil: delimitando as fronteiras entre as competências regulatórias federais e estaduais. In _____. *Temas de direito administrativo e constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 417/445.

⁵²⁶ Nesse sentido, por todos, voto do Conselheiro Relator Thompson Andrade no AC 08012.0003461/2001-04, j. em 25.06.2003: “no que concerne à distribuição do gás canalizado, trata-se de atividade de um monopólio natural, uma vez que para a distribuição de gás canalizado faz-se necessária a existência de uma rede de dutos”. Por conseguinte, mesmo quando um mesmo agente econômico é sócio de mais de uma distribuidora de gás canalizado, não há, propriamente, concentração horizontal. Como destacou o Conselheiro Relator Luiz Fernando Rigato Vasconcellos no AC 08012.007197/2004-12 “apesar da Petrobras deter participação em outras distribuidoras de gás natural, as mesmas não competem entre si” (j. em 10.05.2006). O autor colombiano Díaz observa, por outro lado, que na distribuição “seria mais fácil reduzir os impactos de monopólio através do estabelecimento de regras de *bypass* físicos ou comerciais; os primeiros relativos à possibilidade de usuários construírem suas próprias conexões ao gasoduto principal, assumindo custos e tarifas de transporte. Os *bypasses* comerciais se relacionam com acordos sobre preços entre produtores e consumidores e, portanto, com o abono da tarifa de transporte vigente e de distribuição”. DÍAZ, Jorge Mercado. *¿Pueden desarrollarse mercados competitivos de gas?*, p. 28. No Brasil, no entanto, a introdução dessas práticas depende da legislação de cada Estado-membro, na qualidade de titular do serviço público de gás canalizado. De todo modo, práticas como interconexão e direito de passagem não afastam o critério de que a rede, em si, é um monopólio natural, não devendo ser duplicada.

⁵²⁷ “Para delimitar os mercados relevantes, a SDE considerou a baixa substituíbilidade do gás canalizado por outras fontes energéticas, tendo em vista as vantagens econômicas e ambientais apresentadas pelo gás natural e as dificuldades técnicas de se fazer a substituição no curto prazo, uma vez feita a opção por essa fonte de energia. Na área geográfica, a SDE considerou como mercado relevante para todos os três mercados de

No entanto, com base no art. 54 e demais dispositivos da Lei 8884/94, o CADE sempre entendeu que os atos de concentração, mesmo aqueles que ocorrem em mercados caracterizados por serem monopólios naturais e objeto de regulação na forma de serviços públicos concedidos em regime de exclusividade, devem ser submetidos à apreciação dos órgãos de defesa da concorrência. Algumas decisões destacam a possibilidade de haver preocupações concorrenciais decorrentes da possível integração vertical com a etapa de comercialização do gás, mercado esse que, a depender da regulação estadual, poderá se apresentar competitivo.⁵²⁸

Sobre o papel a ser desempenhado pelo CADE no setor de gás canalizado, o conselheiro Celso Campilongo sintetizou o entendimento do CADE acerca da necessidade de notificação de atos de concentração, serviço público de titularidade dos Estados-membros da federação a teor do artigo 25, §2º, da Constituição, da seguinte forma:

“(i) Não pode o CADE, em face da atribuição aos Estados da competência constitucional (art. 25, §2º) para a exploração dos serviços de gás canalizado, inovar, modificar ou criar regulação diversa daquela do agente com capacidade para tal;

serviços acima, a área definida pelo Contrato de Concessão, i.e., a região noroeste do Estado de São Paulo”. Todavia, o Relator ressaltou que, no tocante à comercialização, a tendência era de alargamento do mercado relevante geográfico no futuro: “A dimensão geográfica do mercado de prestação do serviço de comercialização de gás canalizado para os segmentos Industrial, Grandes Usuários, Termoeletrica, Cogeração, Gás Natural Veicular e Interruptível, é também a da área de concessão mas, somente enquanto não ocorrer o decurso dos prazos para a exclusividade estabelecidos (...) [n]o Contrato de Concessão. Após verificar-se uma das condições estabelecidas no dispositivo contratual mencionado esses segmentos de usuários terão liberdade de escolha do fornecedor de gás, não se restringindo à Concessionária local. Esta, na oferta da *commodity*, sofrerá a concorrência de outros fornecedores – que, se hoje a dimensão geográfica dos mercados relevantes da comercialização e distribuição se confundem, restringindo-se às áreas de concessão das distribuidoras locais, num futuro breve, assim que começar a ocorrer o fim das cláusulas de exclusividade dos diversos contratos de concessão celebrados, não será mais assim. Portanto, no caso destes últimos segmentos de usuários, basta considerar que as atividades de distribuição e comercialização de gás não continuarão indefinidamente integradas verticalmente na concessionária-distribuidora local para ver que os mercados relevantes dos respectivos serviços não serão sempre coincidentes nos seus limites geográficos. Bastará a existência do consumidor livre e do bypass para que um agente comercializador de gás canalizado possa oferecer o produto em mais de uma área de concessão de determinada distribuidora, concorrendo com ela na oferta do produto, nessa área, e com outras, em outras áreas” (AC 08012.000035/00-68, j. em 14.03.2001).

⁵²⁸ “Além disso, considerando que a integração vertical a jusante da distribuição não tem sido proibida no aparato regulatório dos Estados que já privatizaram o serviço, poderá ocorrer que um ato de concentração decorrente de privatização em determinado Estado (diferente mercado relevante para a distribuição) traga substancial concentração horizontal no mercado relevante de comercialização que, como visto, não necessariamente se restringirá à área territorial de uma concessão no mercado de distribuição. Essa situação requer maior cautela dos órgãos antitruste, no sentido de analisar separadamente os dois mercados relevantes, dado que, se hoje já existem firmas que concentram horizontalmente os mercados relevantes estaduais (...), no futuro, a concorrência poderá ser afetada com as privatizações que vierem a ocorrer, ou com novas reorganizações de distribuidoras estaduais já privatizadas” (AC 08012.000035/00-68, j. em 14.03.2001).

(ii) o CADE não é instância reguladora nem tampouco esfera administrativa de julgamento da regulação de terceiros; é, isto sim, órgão de adjudicação adstrito à matéria concorrencial;

(iii) entre a atividade regulatória das agências setoriais e a função preventiva e repressiva desempenhada pelo CADE na defesa da livre concorrência há relação de complementaridade e não de exclusão ou de conflito de competências.⁵²⁹

Em suas razões de decidir, o Conselheiro-Relator invocou a própria finalidade do processo de desestatização: se o seu objetivo era introduzir uma maior liberdade de ação do empreendedor, inclusive com a liberalização de alguns serviços públicos, tal dependeria de se reconhecer as sociedades que prestam esses serviços como também subsumidas à legislação de defesa da concorrência, inclusive no seu aspecto preventivo (análise de atos de concentração).⁵³⁰

No ato de concentração relacionado à constituição da Companhia Maranhense de Gás, o Conselheiro Miguel Tebar Barrionuevo, em seu relatório, cita o entendimento da Secretaria de Direito Econômico – SDE, nos seguintes termos:

“2. (...) Quanto aos aspectos concorrenciais do negócio, entende que este não acarreta concentração horizontal, visto que a Petrobras não possuía qualquer fonte primária de suprimento de gás natural, tampouco empresas produtoras e/ou consumidoras de gás natural no Estado do Maranhão. Afirma, outrossim, que a comercialização do gás canalizado pode ser potencialmente competitiva e que o mercado de distribuição de gás natural no Estado do Maranhão é um monopólio natural, pois para que haja a distribuição do gás canalizado faz-se necessária a existência de uma rede de dutos de transporte, infraestrutura esta inexistente no Estado.”⁵³¹

⁵²⁹ AC 08012.004550/99-11. Voto do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo, 28.03.2001, p. 5.

⁵³⁰ “Se o processo de desestatização tem por escopo a liberalização dos serviços públicos e a efetiva introdução da concorrência, a mudança não pode significar a mera transferência da renda monopolista da empresa pública para o concessionário. Por isso, o período transitório não deve ser injustificadamente longo e deve estar voltado para a criação de condições que facilitem o surgimento de novos sujeitos aptos a participar do mercado” (AC 08012.004550/99-11. Voto do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo, 28.03.2001, p. 7).

⁵³¹ AC 08012.005024/2002-06, voto do Conselheiro Miguel Tebar Barrionuevo, 04.06.2003, p. 3. Em sentido semelhante, em julgamento de ato de concentração relacionado ao setor de distribuição de gás canalizado do Piauí, a decisão restou assim ementada: “Ato de concentração. Art. 54, § 3º, da Lei 8.884/94. Contrato de concessão de serviço público. Mercados relevantes de produto/serviço: prestação dos serviços de distribuição e de comercialização de gás natural. Mercado relevante geográfico correspondente ao Estado do Piauí. Monopólio natural. Mercados regulados. Recomendações da ANP e da SEAE de aprovação do Ato sem restrições, mas com sugestões ao Poder concedente. Atribuições do CADE no âmbito regulatório dos Estados: não interferência no marco regulatório. Operação não gera efeitos anticoncorrenciais.” (AC 08012.002455/2002-11, j. em 06.08.2003).

O Relator menciona, ainda, o parecer da Procuradoria do CADE, o qual, após opinar pela aprovação do ato de concentração sem restrições, destaca “a necessidade de o Poder Concedente fiscalizar as atividades da GASMAR, posto que está-se criando um monopólio e que não existe órgão regulador no Estado”, sendo importante a criação deste último “para a promoção da livre concorrência no segmento, adequação dos serviços prestados e os direitos e obrigações dos usuários, nos termos do artigo 6º, §1º assim como dos artigos 7º e 7º-A da Lei 8987/95”.⁵³²

Outra questão interessante, do prisma do dever de submissão de atos de concentração ao CADE, reside no entendimento da Procuradoria manifestado nesse caso, e referendado pelo Conselheiro Relator em seu relatório, no sentido de que, em caso de “renovação” da concessão, a operação deveria ser novamente submetida à análise do SBDC.

Não resta claro, a partir da redação do parecer, se a Procuradoria estaria se referindo a um novo contrato de concessão após o devido processo licitatório ou à mera prorrogação do contrato existente. Caso seja a última a interpretação a ser conferida ao parecer, não coadunamos com esse entendimento, já que, com a renovação do contrato, a situação estrutural do mercado não será alterada. Cabe ao CADE, ao analisar os efeitos concorrenciais da operação, considerar o prazo de vigência do contrato, já incluída a possibilidade de sua prorrogação.

É preciso lembrar que o controle de concentrações tem lugar apenas quando ocorre uma operação de concentração subsumível ao art. 54, *caput* e §3º da Lei 8.884/94, o que não nos parece ser o caso quando exista apenas uma mera prorrogação de um contrato de concessão já anteriormente cancelado pelo CADE. Deve ser lembrado que, à luz da complementaridade de competências existente entre o CADE e a entidade reguladora estadual, o CADE não tem atribuição para rever se a decisão (política) de prorrogar a concessão foi efetivamente a melhor opção que a entidade reguladora tinha à sua disposição (ou se deveria, por exemplo, ter iniciado novo processo licitatório). E a prorrogação, em si, não altera a dinâmica do mercado.

⁵³² Trata-se dos artigos da Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos que elencam os direitos dos usuários.

No mérito, o Conselheiro decidiu que “a distribuição de gás natural é realizada sob a forma de um monopólio natural patrocinado pelo Estado do Maranhão”, de modo que “neste caso, em que a concorrência não é possível, nem potencialmente, a análise antitruste, a meu ver, resta infrutífera”, citando, nesse sentido, a doutrina de Calixto Salomão Filho. Por outro lado, o Conselheiro observa que “não obstante, é válida a análise pelo CADE dos mercados que mesmo em regime de concessão ou permissão são potencialmente competitivos”, citando, a título exemplificativo, o mercado de comercialização do gás natural.⁵³³ De todo modo, termina por constatar que, no caso concreto, “o contrato de concessão não prevê tal possibilidade, pois garante exclusividade a GASMAR até 10 de junho de 2031”.

Todavia, o próprio voto do Conselheiro Relator menciona que, em tese, poderia haver questões concorrenciais decorrentes de potencial integração vertical, pois a Petrobras é produtora de gás natural. Tal, no entanto, não ocorria no caso concreto pela ausência de gasoduto a integrar as fontes produtoras da Petrobras com a GASMAR.⁵³⁴ Uma vez que esta conclusão somente pode ser obtida à luz do caso concreto e após análise das circunstâncias fáticas, parece-nos que há justificativa para análise concorrencial dessas operações, especialmente à luz dos mercados relacionados.⁵³⁵

⁵³³ AC 08012.005024/2002-06, Relator Conselheiro Miguel Tebar Barrionuevo, j. em 04.06.2003.

⁵³⁴ “A Seae em seu parecer detectou potenciais integrações verticais entre as atividades do Grupo Petrobras na produção de gás natural e a distribuição e comercialização deste produto no estado do Maranhão por parte da GASMAR; e as atividades da GASMAR e a atuação do Grupo Petrobras em atividades que utilizam o gás natural como insumo. Não obstante, não há necessidade de maior cautela na análise dos aspectos concorrenciais ligados às integrações tendo em vista que, segundo informaram as Requerentes, a fonte de suprimento mais próxima está localizada em Fortaleza e que não existem gasodutos que ligam as fontes primárias de gás natural ao Estado do Maranhão, além do que a Petrobras não possui participação em qualquer empresa produtora ou consumidora de gás natural próximo ao mercado definido.”

⁵³⁵ Nos casos em que se analisou a criação de sociedade estatal e respectiva outorga de concessão em Estados que ainda não possuíam rede de gás canalizado, a exclusividade decorrente do contrato de concessão não despertou maiores preocupações, sendo o vencedor da licitação, em realidade, um entrante no mercado, ou, mais ainda, o formador de um mercado novo. Nesse sentido, manifestou-se o Conselheiro Thompson Andrade: “Como não existe tal infraestrutura [rede de gás canalizado], no Distrito Federal, a operação em tela não gera preocupações no âmbito concorrencial. Em relação ao mercado de comercialização do gás canalizado, este pode ser potencialmente competitivo, pois há possibilidade de que mais de um agente atue na comercialização de gás natural, principalmente no que tange a grandes consumidores. Todavia, cabe ressaltar que devido à inexistência de infraestrutura, ainda não instalada no Distrito Federal, a comercialização de gás canalizado de forma exclusiva a CEBGÁS não afetará as empresas negativamente” (AC 08012.003461/2001-04, j em 25.06.2003). Em outro cenário, em que já havia rede instalada e em que uma das sócias também participava da cadeia produtiva do gás natural, o CADE analisou detalhadamente a possibilidade de fechamento de mercado a montante, antes de decidir pela possibilidade de aprovação da operação sem restrições. Nesse sentido, no ato de concentração 08012.008261/2003-00, referente à mudança no controle acionário das concessionárias CEG e CEG-Rio, o Relator Ricardo Cueva assim se manifestou: “haveria um risco de integração vertical, uma vez que a Repsol YPF, principal acionista da Gás Natural, está presente em

Apesar de todas as operações de concentração encontradas em nossa pesquisa terem sido aprovadas sem restrição, preocupações concorrenciais tanto no que se refere às integrações verticais quanto às operações conglomeradas indicam no sentido da utilidade do controle estrutural do setor. Cumpre destacar o cenário de progressiva liberalização da comercialização de gás natural, atualmente ainda muito limitada por restrições regulatórias que atribuem exclusividade de comercialização às distribuidoras (o que, em vários Estados, justificou-se pela necessidade de se financiar a construção da rede de distribuição).⁵³⁶

Já no que tange ao controle de condutas, a pesquisa realizada retornou apenas um caso, em que clientes das concessionárias de distribuição de gás canalizado do Estado do Rio de Janeiro acusaram-na de praticar preços abusivos. O processo administrativo foi arquivado ante a constatação de que as concessionárias haviam praticado as tarifas dentro dos limites permitidos no contrato de concessão e conforme regulação da agência reguladora estadual.⁵³⁷

Em resumo, no setor de distribuição de gás canalizado, tem-se um cenário em que todos os atos de concentração foram aprovados sem restrições, e o único processo administrativo instaurado foi arquivado.

vários segmentos da cadeia produtiva de gás natural no Brasil”. Após mencionar que “um dos principais problemas de uma integração vertical é a possibilidade de fechamento de mercado por parte da firma verticalizada”, observou que “como a Repsol também atua no mercado de produção de gás, é necessário analisar qual seria a probabilidade dessa empresa, em conjunto com a Gás Natural, fechar o mercado de oferta de gás natural”. Em seguida, o Relator analisou as três possibilidades à disposição das concessionárias para aquisição de gás natural – produção nacional, importação da Bolívia ou importação da Argentina – para então concluir que, ou não haveria integração vertical ou, no caso em que essa fosse possível, “os volumes envolvidos seriam insuficientes para permitir à Repsol o fechamento do mercado produtor na Bolívia”. Demonstrando o papel da autoridade reguladora na contenção de eventuais abusos de preço, o Conselheiro concluiu: “outra possibilidade analisada pela SEAE foi a hipótese de abastecimento das concessionárias CEG e CEG-Rio com o gás produzido pelo Grupo Repsol na Bolívia, e o repasse de eventuais custos adicionais decorrentes da internalização do produto boliviano. Entretanto, essa hipótese foi descartada, pois a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos – ASEP-RJ vetaria qualquer aumento injustificado de preços” (AC 08012.008261/2003-00, j. em 29.09.2004).

⁵³⁶ No mesmo sentido, após comentar algumas decisões do CADE no âmbito de processos estaduais de desestatização da atividade de distribuição de gás canalizado, Giovanni Loss observa que, nessas análises, “foram levantadas algumas críticas e feitas recomendações, particularmente pela SDE, acerca da necessidade de separação entre as atividades e da permissão de by-pass em casos específicos”. LOSS, Giovani Ribeiro. *A regulação setorial do gás natural*, p. 223.

⁵³⁷ PA 08012.006207/98-48. Este processo não apareceu na respostas de jurisprudência do CADE a partir das chaves de busca utilizadas em nossa pesquisa; somente foi possível localizá-lo a partir de citação doutrinária. Ver LUBAMBO DE MELO, Murilo Otávio. Defesa da concorrência em setores regulados: limites e potencialidades do direito concorrencial. *Revista do IBRAC*. São Paulo, IBRAC, v. 13, n. 1, 2006, p. 81 Este caso já foi anteriormente mencionado quando se tratou da recepção da doutrina da *State action* pela jurisprudência do CADE.

■ Total de casos julgados:	10
■ Atos de concentração – Total:	09
■ Aprovados sem restrições:	09
■ Aprovados com restrições:	zero
■ Reprovados:	zero
■ Averiguação preliminar:	zero
■ Processos administrativos:	01 (arquivado)

4.6.4 Saneamento

No direito brasileiro, o saneamento básico constitui serviço público, nos termos do art. 2º da Lei 11.445/07.⁵³⁸

Em matéria de fornecimento de serviços de água e esgotamento sanitário, existe uma disputa de competência entre os municípios, que advogam tratar-se de serviço público de interesse local (art. 30, I e V, CF/88⁵³⁹), e os Estados, que sustentam ser os entes competentes para disciplinar o setor, especialmente no caso da instituição de regiões metropolitanas (art. 25, §3º, CF/88⁵⁴⁰). A promoção de melhoria das condições de saneamento básico constitui competência material comum a União, Estados e municípios (art. 23, IX, CF/88).⁵⁴¹

⁵³⁸ Lei 11.445/07: “Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: (...)”.

⁵³⁹ Constituição Federal.” Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; (...); V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”.

⁵⁴⁰ Constituição Federal. “Art. 25, §3º. Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”.

⁵⁴¹ Para aprofundamento das questões relacionadas à divisão constitucional de competências em matéria de saneamento básico, ver BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e municípios. *Interesse público*, n.14, 2002; TÁCITO, Caio. Saneamento básico – região metropolitana – competência estadual. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, NDJ, ano XVIII, n. 6,

Em âmbito federal, a Lei 11.445/07 estabelece a Política Nacional de Saneamento Básico.⁵⁴² O legislador ordinário, sabedor de que não podia, pela via legislativa, solucionar a questão de conflito de competências federativas, por envolver matéria constitucional, optou por soluções que giram no âmbito do consenso, dando ênfase à formação de consórcios e à celebração de convênios interfederativos.

A indústria do saneamento apresenta preocupações semelhantes às que já foram anteriormente descritas com relação a outros setores: trata-se de indústria caracterizada como monopólio natural, que atua em rede, além de serem observadas externalidades positivas, em termos de saúde pública, decorrentes da ligação da maior quantidade possível de estabelecimento à rede.⁵⁴³

A universalização, nesse setor, constitui um valor essencial e ainda por ser concretizado na maior parte do território brasileiro, sendo comum, no direito comparado⁵⁴⁴

junho/2002, p. 453-457; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O marco legal do saneamento no Brasil. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 6, n. 63, p. 7247-7293, maio 2006. Ver, ainda, o julgamento da ADI/MC 3240-SC pelo Supremo Tribunal Federal.

⁵⁴² Cumpre esclarecer que a Lei 11.445/07 adota uma ampla definição de saneamento básico: “Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se: I - saneamento básico: conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de: a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição; b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente; c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas; d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas”. Nosso objeto de estudo cinge-se aos setores de abastecimento de água e esgotamento sanitário”.

⁵⁴³ Estão incluídos neste item tanto os casos envolvendo empresas que prestam serviço de distribuição de água canalizada quanto as que perfuram poços artesianos, desde que forneçam simultaneamente o serviço de esgotamento sanitário.

⁵⁴⁴ Para um exemplo de direito comparado, ver o caso português. Em Portugal, “todas as atividades do setor sujeitas à regulação (técnica, econômica e/ou de concorrência) são, simultaneamente, objeto de concessão em regime de exclusivo. Tal significa que as possibilidades de concorrência efetiva, salvo nos concursos para a atribuição da concessão e na comparação que possa ser efetuada entre os resultados obtidos pelos diferentes concessionários (*yardstick competition*), ficam liminarmente comprometidas. O setor de águas e dos resíduos constitui, portanto, em Portugal, um dos exemplos mais perfeitos de monopólio natural; uma única entidade (independentemente da sua natureza pública ou privada) a prestar o serviço em determinada região e a ausência de produtos de substituição potenciam sobremaneira a possibilidade de abuso de posição dominante”. MARQUES, Maria Manuel Leitão; SIMÕES DE ALMEIDA, João Paulo; FORTE, André Matos. *Concorrência e regulação*, p. 90. Para evitar esse risco, os autores lembram que se pode mimetizar o mercado no momento da delegação, mediante a adoção de procedimento licitatório e uma regulação incisa sobre questões técnicas, econômicas e sociais relacionadas à prestação do serviço. Os autores comentam ainda que o governo português adota estratégias de *benchmarking*, comparando o desempenho de empresas distintas com base em um conjunto de indicadores, para acompanhar o desempenho e o nível de desenvolvimento econômico das empresas.

e no país,⁵⁴⁵ a delegação desse serviço, em regime de exclusividade, à iniciativa privada. Nesse sentido, a jurisprudência do CADE reconhece o setor de saneamento básico como monopólio natural, tendo em vista ser “inviável economicamente a instalação e exploração por mais de uma concessionária em uma mesma localidade”.⁵⁴⁶

No ato de concentração 08012.007261/2008-99, o CADE julgou a alteração do controle acionário da concessionária de serviço de saneamento da cidade de Cachoeiro do Itapemirim, tendo aprovado a operação sem restrições, reconhecendo que “a atividade de serviços de saneamento básico é tipicamente um monopólio natural que se estende pela área de concessão que, no caso concreto, está adstrita ao município de Cachoeiro do Itapemirim (ES). Em razão disso, não há que se falar em sobreposição horizontal, de forma que a presente operação se resume a uma substituição do agente econômico concessionário”. O Conselheiro destacou ainda que “trata-se de um mercado regulado por se tratar de concessão de serviço público, fator esse tendente a inibir comportamentos oportunistas por parte dos agentes econômicos concessionários, não obstante a possível captura do regulador desse mercado”.⁵⁴⁷

Interessante observar que, no ato de concentração 08012.008942/2008-74, o Conselheiro Paulo Furquim sustentou que o critério de participação de mercado superior a 20% do mercado relevante, para efeitos de ensejar o dever de notificar um ato de concentração, somente deveria ser considerado preenchido quando esse percentual fosse atingido em decorrência da operação.

A partir desse entendimento, não necessitariam ser notificados atos envolvendo agentes econômicos com faturamento inferior a R\$ 400 milhões de reais no ano anterior à operação, quando a operação não levasse à detenção de participação de mercado superior a

⁵⁴⁵ No Rio de Janeiro, por exemplo, há duas concessões de serviços de saneamento no interior do Estado: Águas de Juturnaíba e Pro-Lagos.

⁵⁴⁶ AC 08012.002929/2010-26, Relator Conselheiro Ricardo Ruiz. No mesmo sentido, AC 08012.000886/2008-20, Rel. Ricardo Cueva, j. em 09.04.2008; AC 08012.006721/2008-89, Rel. Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho, j. em 28.08.2008.

⁵⁴⁷ AC 08012.007261/2008-99, Relator Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, j. em 17.09.2008. Em igual sentido: “Além disso, pela natureza da atividade das empresas, pode-se dizer tratar-se de um monopólio natural, cuja atribuição aos particulares se dá via concessão pública, e cujo exercício é regulado. Com isso, afasta-se a preocupação de natureza concorrencial, vez que, como se sabe, no caso dos monopólios naturais, a concorrência intra-mercados é antieconômica, por envolver elevados custos fixos e reduzidos custos marginais. Dessa forma, entendendo tratar-se de substituição de agente econômico atuante em monopólio natural, o que, evidentemente, não induz preocupações quanto ao ambiente com concorrencial que, aqui, é de outra natureza”. AC 08012.014484/2007-21, Relator Conselheiro Ricardo Villas Boas Cueva, j. em 13.02.2008.

20%, ou seja, mesmo quando uma participação superior a esse valor já fosse preexistente à operação.⁵⁴⁸ Com a aprovação do novo marco legal dos atos de concentração, essa discussão perde relevância, já que a participação de mercado não mais será um critério ensejador do dever de notificação de uma operação.

A pesquisa realizada apontou que o CADE nunca interveio sobre o setor de saneamento, seja do prisma preventivo ou repressivo.

■ Total de casos julgados:	12
■ Atos de concentração – Total:	12 ⁵⁴⁹
■ Aprovados sem restrições	12
■ Aprovados com restrições	zero
■ Reprovados	zero
■ Averiguação preliminar:	zero
■ Processos administrativos:	zero ⁵⁵⁰

⁵⁴⁸ AC 08012.008942/2008-74, Relator Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, j. em 15.10.2008. Esse ponto era relevante, no passado, para as operações que envolviam alteração de controle de mercados caracterizados como monopólios naturais, pois é esperado que o agente econômico tenha, de saída, 100% do mercado relevante, dado que a competição intramercado se mostra, nessas ocasiões, ineficiente.

⁵⁴⁹ Incluído o ato de concentração 08012.010381/2009-54, relativo a uma operação de concentração para fornecimento, pela concessionária de serviços de saneamento, de água industrial a um grupo privado. O caso foi incluído na pesquisa porque o próprio CADE mencionou que o ato envolvia “serviços essenciais e de infraestrutura, saneamento básico – água e esgoto”.

⁵⁵⁰ O CADE já julgou dois processos administrativos em que foram representantes empresas do setor de saneamento, relativos a acusações de cartelização e aumento abusivo de preços por parte de fornecedores de insumos necessários à sua operação. No PA 08000.001164/1997-53, a Sanepar acusou empresas fornecedoras de sulfato de alumínio de se cartelizarem para aumentar os preços ofertados na licitação pública promovida pela empresa. O caso foi arquivado por falta de provas. No PA 08012.000328/1999-21, a Sabesp acusou duas empresas fornecedoras de hidróxido de sódio de aumento excessivo de preço e, portanto, aumento da dificuldade do exercício da atividade econômica. O caso foi igualmente arquivado, pois as representadas apresentaram justificativas para os aumentos de preço. Não consideramos esses casos em nossa análise quantitativa porque não dizem respeito ao mercado relevante de prestação de serviços de saneamento, mas sim aos mercados de sulfato de alumínio e de hidróxido de sódio, que não são objeto deste trabalho.

4.6.5 Telefonia fixa

O setor de telecomunicações é um dos que mais sofreu modificações decorrentes de inovação tecnológica nas últimas décadas.

A sua inclusão no presente trabalho deve-se a que também foi um setor de infraestrutura que historicamente organizou-se, no Brasil, a partir dos anos 60, na forma de monopólio verticalmente integrado, mediante um conjunto de empresas estatais organizadas nos Estados-membros sob controle da Telebras, tendo em vista a existência de monopólio natural na cadeia produtiva (a rede de telefonia fixa local).⁵⁵¹

Para se compreender a evolução do setor no Brasil, é preciso mencionar que o país foi um dos primeiros a ter esse serviço, ainda na época do Segundo Reinado, por iniciativa do Imperador D. Pedro II.

Até a década de 60 do século passado, no entanto, o setor organizava-se de forma bastante descentralizada, mediante concessões municipais, estaduais e federais. Como resultado, havia graves problemas de incompatibilidade entre tecnologias e decorrentes da detenção, por diferentes grupos, de distintas redes. À época da aprovação do Código Brasileiro de Telecomunicações, em 1962, existiam em funcionamento no país aproximadamente 1000 companhias telefônicas, com grandes dificuldades operacionais e de interligação. Por outro lado, uma única companhia respondia por 62% do “mercado” nacional de telecomunicações, por ser titular das concessões do Rio de Janeiro e São Paulo.⁵⁵²

A promulgação do CBT – Lei 4117/62 – criou o Conselho Nacional de Telecomunicações, dotando-o de competências de regulação técnica e fixação de tarifas,

⁵⁵¹ Apesar do fenômeno da convergência tecnológica vivenciado nos últimos anos, a telefonia fixa local segue tendo características de monopólio natural, conforme apontou o Conselheiro Relator Luiz Carlos Prado no AC 53500.019422/2004, j. em 22.11.2006: “Observe-se que as características de monopólio natural do mercado de telefonia local ainda não foram totalmente superadas, tanto no Brasil como na maioria dos países onde foram implementadas mudanças no mercado de telecomunicações com o intuito de aumentar a competição”.

⁵⁵² Os dados são apontados por Armando Castelar Pineiro e Jairo Saddi: “No início dos anos 60 (...). O setor operava de forma bastante concentrada, dominado pela CTB, que detinha 62% do mercado de telefonia fixa do país, incluindo as cidades do Rio de Janeiro e São Paulo. Apesar disso, havia mais de 1000 empresas e serviços telefônicos em operação no Brasil, 256 dos quais no Estado de São Paulo. Essas empresas atuavam com pequenas escalas e tecnologias diferentes, frequentemente incompatíveis entre si, servindo exclusivamente às áreas urbanas, onde a concentração demográfica reduzia os custos da operação.” *Direito, economia e mercados*, p. 293.

tendo ainda federalizado o serviço de longa distância. A partir daí, seria iniciado um processo de estatização e centralização do setor na esfera federal, o que propiciou o seu desenvolvimento de forma mais ordenada. Em 1965 é criada a Empresa Brasileira de Telecomunicações – Embratel que, no ano seguinte, adquire a CTB, tornando-se a titular do serviço nas principais cidades brasileiras.

Em 1972 surge a Telecomunicações Brasileiras S.A. – Telebras, cuja função de empresa *holding* do setor foi se acentuando à medida que a empresa se estabelecia em cada Estado da federação e ia adquirindo o controle societário ou os ativos das pequenas concessionárias locais.⁵⁵³ Como resultado dessa política, na década de 80 o Sistema Telebras responderia por mais de 95% de todo o serviço de telefonia prestado no país.⁵⁵⁴

Por outro lado, como ocorreu em outros setores, as tarifas de telefonia igualmente terminaram por se tornar uma questão de política econômica, passando a ser fixadas pelo Ministério da Fazenda. Houve um paulatino e crescente descasamento entre o custo do serviço e as receitas auferidas com a sua prestação, tornando o serviço deficitário. De outro lado, havia uma resistência governamental ao reajuste tarifário, seja pelo custo político, seja porque a contenção das tarifas constituía mecanismo relevante no combate à inflação.

É essa a realidade observada pelo Constituinte quando disciplina o setor de telecomunicações na Constituição de 1988. É preciso lembrar que, em sua redação original, o art. 21, XII, da Constituição determinava competir privativamente à União “explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle estatal, serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações”. Foi somente em 1995, no bojo das chamadas “emendas desestatizantes”, que foi modificada a redação desse dispositivo constitucional, passando a prever que à União incumbe “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a

⁵⁵³ Por meio do decreto 74.379/74, a Telebras é designada “a concessionária geral para a exploração dos serviços públicos de telecomunicações, em todo o território nacional”, sendo autorizada a constituir subsidiárias. As empresas do grupo Telebras serão responsáveis principalmente pela telefonia local e interestadual, cabendo à Embratel a ligação entre os grandes centros urbanos, a telefonia internacional, o telex e a transmissão de dados. Conforme FARACO, Alexandre Ditzel. Regulação das telecomunicações: entre concorrência e universalização. In SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 38.

⁵⁵⁴ Fonte: Telebras. http://www.telebras.com.br/inst/?page_id=41. Acesso em dezembro de 2011.

organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”.

Inaugurava-se, então, um novo momento na história das telecomunicações do país. Em 1997, a Lei 9.472 cria a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e estabelece o novo marco regulatório do setor, preparando a Telebras para o processo de desestatização, por meio da sua divisão em 13 empresas: 03 de telefonia fixa local, 01 de telefonia fixa de longa distância e 09 de serviço móvel celular. No ano seguinte são então alienados, por meio de licitação, os direitos de concessão da telefonia fixa local e de longa distância, assim como a telefonia celular.⁵⁵⁵

A Lei 9.472/97, na esteira dos pilares que marcaram o processo de desestatização como um todo, igualmente baseou a regulação do setor no binômio desverticalização / introdução da concorrência. A Lei previu a possibilidade de que serviços de telecomunicações pudessem ser prestados em regime público, em regime privado, ou em ambos, tendo determinado a necessidade de que ao menos a telefonia fixa tivesse uma empresa delegatária obrigada à sua prestação em regime público, isto é, com os deveres de regularidade e universalização.⁵⁵⁶ Cerca de dois anos após o leilão de desestatização da Telebras, houve a realização de novo procedimento licitatório, dessa feita para a outorga de autorizações para prestação de STFC na modalidade privada, dando origem àquelas que ficaram conhecidas como “empresas espelho”.⁵⁵⁷

⁵⁵⁵ As empresas de telefonia móvel integrantes originalmente do Sistema Telebras ficaram conhecidas como “Banda A”. É preciso esclarecer, no entanto, que anteriormente à sua desestatização, o Governo Federal já havia licitado outorgas da denominada Banda B, com base na Lei 9.295/96, que estabelecera um regime de licitação para outorga de concessões.

⁵⁵⁶ Lei 9472/97. “Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados. Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade. Art. 64. Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar. Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral”.

⁵⁵⁷ Contudo, o relativo fracasso do ingresso das “espelho” nos respectivos mercados denota que, efetivamente a telefonia fixa era, ao menos à época, ainda um monopólio natural. Nesse sentido, observou Luiz Carlos Prado: “a telefonia fixa não tem concorrência, em primeiro lugar, por se caracterizar como atividade muito próxima de monopólio natural. Quando se tentou fazer as famosas empresas espelho, não funcionaram. Com exceção da GVT, realmente não funcionaram”. O ex-Conselheiro do CADE lembra ainda que “nas áreas onde existe muita tecnologia, realmente, tem concorrência sim, em telefonia fixa. Mas insuficiente, porque, por exemplo, acesso ao cabo coaxial, TV a cabo é só em áreas restritas.”. Trecho de palestra proferida no IPEA em painel intitulado “Propostas de revisão da LGT – rumo à convergência tecnológica”, transcrito em SALGADO, Lucia Helena e FIUZA, Eduardo (orgs.). *Marcos regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras?* Rio de Janeiro: IPEA, 2009, p. 167.

Com o cumprimento das metas de universalização inicialmente previstas, as concessionárias do STFC foram autorizadas a atuar fora da sua área original de concessão, prestando, inclusive, serviços de longa distância inter-regional. Paralelamente, na telefonia móvel houve as licitações para outorgas de novas autorizações, as Bandas D e E.

Dessa forma, enquanto vários serviços de telecomunicações atualmente são reconhecidos como atividades privadas regulamentadas – em especial, a telefonia móvel, que não é mais submetida a contratos de concessão, mas sim a autorizações operativas – a telefonia fixa local, prestada pelas concessionárias que adquiriram o controle acionário das antigas empresas do Sistema Telebras, continua a ter o seu serviço fortemente regulado sob a lógica das concessões de serviços públicos, isto é, com deveres de universalização e tarifas-teto controladas em contratos com a União Federal.

De todos os setores que constituem objeto do presente trabalho, o de telecomunicações apresenta algumas peculiaridades marcantes.

Em primeiro lugar, a regulação aponta para a ausência de exclusividade na delegação da sua execução à iniciativa privada, mesmo no caso da telefonia fixa, reconhecida como atividade que deve ser prestada em regime público por, ao menos, uma prestadora, sendo clara a previsão de que as concessionárias do STFC devem sofrer concorrência das autorizatárias que prestam o serviço na modalidade privada.⁵⁵⁸

Em segundo lugar, muito se tem discutido acerca do fenômeno da convergência e sua influência sobre a definição de mercados relevantes envolvendo atividades de telecomunicações e serviços de valor adicionado.

Tendo em vista que, respeitadas as limitações regulatórias, é possível atualmente transmitir voz por meio de rede de cabo coaxial, micro-ondas, satélites, pacotes de dados (voz sobre IP), e que o objeto da pesquisa privilegia setores com questões estruturais atreladas à realidade de monopólio natural, a análise das decisões do CADE, para efeitos da presente investigação, cingiu-se ao serviço de telefonia fixa comutada (STFC), com

⁵⁵⁸ Nesse sentido, o art. 84 da Lei 9.472/97 dispõe: “Art. 84. As concessões não terão caráter de exclusividade, devendo obedecer ao plano geral de outorgas, com definição quanto à divisão do País em áreas, ao número de prestadoras para cada uma delas, seus prazos de vigência e os prazos para admissão de novas prestadoras. § 1º As áreas de exploração, o número de prestadoras, os prazos de vigência das concessões e os prazos para admissão de novas prestadoras serão definidos considerando-se o ambiente de competição, observados o princípio do maior benefício ao usuário e o interesse social e econômico do País, de modo a propiciar a justa remuneração da prestadora do serviço no regime público. § 2º A oportunidade e o prazo das outorgas serão determinados de modo a evitar o vencimento concomitante das concessões de uma mesma área”.

foco nos atos de concentração e alegações de infração antitruste que tiveram como investigada uma ou mais empresas incumbentes. Não se nega que o setor de telecomunicações tenha falhas de mercado significativas associadas às externalidades de rede e que justifiquem uma regulação setorial específica. No entanto, essa regulação vem se afastando, cada vez mais, da lógica subjacente à regulação dos monopólios naturais, abrindo-se os preços à livre competição e restringindo-se as barreiras à entrada, inclusive mediante o fenômeno da convergência tecnológica.⁵⁵⁹⁻⁵⁶⁰

⁵⁵⁹ Essa realidade é observada também na perspectiva europeia: “na Europa, as telecomunicações sempre foram consideradas serviços públicos, cuja prestação era geralmente confiada a empresas públicas, que desenvolviam sua atividade dentro das fronteiras nacionais. No entanto, as mudanças que se desencadearam nas duas últimas décadas do século passado vieram a alterar as bases sobre as quais se assentava dito monopólio. Desde o fim dos anos 90, o setor se abriu à concorrência e ao mercado”. LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Telecomunicaciones: regulación y mercado*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2004, p. 25. Adiante, o autor detalha essas modificações: “Até agora, os serviços [de telecomunicações] estiveram vinculados a redes concretas. A infraestrutura aparecia indefectivelmente associada a uma atividade apenas: telecomunicações, rádio e televisão, apoio a serviços públicos (energia, transporte). Com a digitalização do sinal desaparecem essas limitações, já que todo o conteúdo – dados, imagens e sons – se vê reduzido à mesma linguagem numérica. A consequência é que o sinal pode ser transmitido através de qualquer tipo de rede, sempre que tenha a amplitude de banda necessária. Com isso, as vias de acesso aos distintos serviços são cada vez mais plurais. As infraestruturas de transporte tendem a converter-se em redes digitais multiserviço, ao mesmo tempo em que os equipamentos de terminais se tornam cada vez mais universais”. (*ob. cit.*, p. 31). Para um estudo comparado da relação entre autoridades reguladoras e concorrenciais no que tange à disciplina do setor de telecomunicações no Brasil, nos EUA e na Comunidade Europeia, ver CARAZZA DOS SANTOS, Bruno. Regulação e defesa da concorrência são realmente instrumentos complementares de política pública? Considerações sobre a experiência recente no setor de telecomunicações norte-americano, europeu e brasileiro. *Revista do IBRAC*. São Paulo, IBRAC, ano 14, n. 2, 2007, pp. 11/36. No mesmo sentido, é a lição de Lucía García-Morato e Gaspar Ariño Ortiz: “deve-se levar em conta que embora a rede, em uma determinada tecnologia, tenha elementos de monopólio natural, nem sempre será necessário um regime de *essential facilities*, já que no atual processo de convergência e digitalização será possível a concorrência entre redes que, utilizando diferentes tecnologias (telefonia fixa, móvel, cabo, satélite...) pode fornecer os mesmos serviços de telecomunicações”. GARCÍA-MORATO, Lucía Lopez e ORTIZ, Gaspar Ariño. *La competencia en sectores regulados*, p. 33. Estudo desenvolvido por Gesner Oliveira *et al* apresenta evidências empíricas acerca do fenômeno da convergência, no Brasil e no exterior. No exterior, o trabalho destaca (i) a crescente substituição da telefonia fixa pela móvel; (ii) o desenvolvimento do mercado de banda larga; e (iii) o crescimento da oferta de serviços *triple* e *quadruple play*, consistente da oferta conjunta de serviços de telefonia, banda larga, televisão por assinatura, comunicação eletrônica. No Brasil, igualmente se destaca o crescimento do faturamento das empresas de telefonia móvel e o recuo das teles fixas; aumento da competição na telefonia fixa; crescimento da banda larga e oferta de serviços *triple* e *quadruple play*. OLIVEIRA, Gesner *et al*. Impactos da convergência tecnológica sobre a competição nos serviços de telecomunicações. *Revista do IBRAC*. São Paulo, IBRAC, ano 15, n. 4, 2008, pp. 177/224. O estudo observa que “em essência, na medida em que o setor de telecomunicações vem se convertendo rapidamente em um mercado altamente competitivo, o caminho natural da regulação é o da flexibilização. Atualmente existem ao menos três plataformas tecnológicas distintas que efetivamente já concorrem – sob diferentes configurações, dependendo do país – pela provisão em larga escala dos principais serviços de telecomunicações de massa: serviços de voz, comunicação de dados, incluindo banda larga, e TV por assinatura. Estas plataformas são as redes de telefonia fixa das concessionárias, as redes das empresas de TV a cabo e as redes das operadoras de telefonia móvel, devendo-se ressaltar que esta última abarca vários competidores”. Como consequência, os autores observam que “do ponto de vista técnico, um arcabouço regulatório mais adequado ao setor seria relativamente mais simples. O processo de convergência tecnológica, mais do que exigir novos e sofisticados mecanismos de regulação, abre espaço para uma grande redução do aparato regulatório” (p. 213). Uma análise da aplicação da legislação brasileira de defesa da concorrência sobre o setor de telecomunicações pode ser encontrada em GONÇALVES, Priscila Brolio. Defesa da concorrência nos mercados de telefonia

No entanto, para fins do presente trabalho, que se limita à análise de indústrias em que há questões relativas a monopólios naturais, não adotaremos a concepção de mercado relevante convergente, por não termos identificado, em nossa pesquisa, essa visão por parte do CADE.⁵⁶¹ As decisões do CADE segmentam os mercados relevantes do produto em telefonia fixa e móvel, e a primeira, por sua vez, em local, longa distância nacional (LDN) e longa distância internacional (LDI).

No que tange à divisão de competências entre autoridades reguladora e concorrenciais, o setor de telecomunicações apresenta uma peculiaridade, pois a LGT traz uma regra específica relativamente aos atos de concentração, determinando que compete à ANATEL (e não à SDE) instruí-los antes de serem enviados ao CADE. A ANATEL tem poderes para prevenir e reprimir o abuso do poder econômico nos setores de telecomunicações, sendo ressalvadas apenas as atribuições do CADE:

Lei 9472/97:

“Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

fixa local no Brasil: 10 anos de coexistência entre o diploma antitruste e a Lei Geral de Telecomunicações. *Revista do IBRAC*. São Paulo, IBRAC, v. 15, n. 1, 2008, pp. 189/218. Ver também FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e direito concorrencial: as telecomunicações*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003. No entanto, no caso Oi/Brasil Telecom, o Conselheiro Relator Vinicius Marques de Carvalho, observou que, apesar de haver sinalização no sentido da necessidade de se aprofundarem as considerações acerca da convergência na análise antitruste, “deve-se salientar que o CADE não vem reconhecendo tal mercado [tripleplay ou quadruplay] em sua prática, em grande parte em razão de dificuldades analíticas” (AC 53500.012477/2008, j. em 20.10.2010).

⁵⁶⁰ Mario Possas *et al* fazem referência à crescente relevância da concorrência nos chamados mercados em transição, nos quais “as mudanças nas condições estruturais desses setores, em particular na dimensão tecnologia, têm implicado o desaparecimento, em alguns segmentos de mercado, dos monopólios naturais. Entretanto, nos setores de eletricidade, energia, telecomunicações e transporte, algumas partes da cadeia produtiva continuam a apresentar características de monopólios naturais, sendo, portanto, submetidas à regulação por parte do Estado. Tais indústrias, portanto, são marcadas pela desregulamentação parcial e pelo surgimento de novas estruturas de mercado”. POSSAS, Mario Luiz; FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz. Defesa da concorrência e regulação em setores de infraestrutura em transição. In POSSAS, Mario (coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002, p. 189.

⁵⁶¹ Uma profunda discussão acerca do fenômeno da convergência na definição de mercados relevantes foi efetuada pelo Conselheiro Luis Carlos Prado no julgamento do AC 53500.019422/2004, j. em 22.11.2006: “Os desenvolvimentos do setor de telecomunicações apontam firmemente para a chamada ‘convergência digital’ entre telefonia fixa, móvel, computação e serviços de comunicação. Os especialistas do setor, entretanto, argumentam que apesar da forte tendência para a convergência, estes segmentos ainda não constituem um mercado relevante convergente. Portanto, ainda devem ser apreciados como mercados relevantes separados”. No entanto, o Conselheiro ressaltou: “Mas isto não invalida a preocupação de que com o avanço tecnológico, o processo de convergência eventualmente ocorrerá e o arcabouço legal e regulatório brasileiro precisa ser repensado com o intuito de não ser atropelado pelo desenvolvimento tecnológico, ou mesmo, tornar-se um obstáculo intransponível para o processo”.

§ 1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador.

§ 3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.”

“Art. 19. À agência compete:

(...)

XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE;

(...)”.

Vê-se, portanto, que a LGT atribui precipuamente à agência reguladora – e não à SDE – a competência de instrução dos atos de concentração e de investigação de práticas anticompetitivas. A lei setorial ressalva apenas as atribuições do CADE, o que, por vezes, faz nascerem discussões sobre se a SDE poderia exercer poder de polícia concorrencial nos setores de telecomunicações.⁵⁶²

Adicionalmente, os avanços tecnológicos nesse setor dificultam a definição do mercado relevante, sendo certo que de há muito o CADE aponta que não há coincidência necessária entre a segmentação realizada pela legislação setorial, para efeitos regulatórios, e a definição de mercado relevante para fins concorrenciais.⁵⁶³

⁵⁶² Já expusemos anteriormente a controvérsia existente acerca da possibilidade de a SDE (cujas atribuições, com a promulgação do novo marco legal da concorrência, passam a ser da Superintendência-Geral do CADE) instruir processos relativos ao setor de telecomunicações.

⁵⁶³ Conforme, por exemplo, voto do Conselheiro Relator Cleveland Prates no ato de concentração 53500.005688/2000, j. em 16.10.2002. No mesmo sentido, manifestou-se o Conselheiro Vinícius Marques de Oliveira: “Em um ambiente de profundas e rápidas mudanças tecnológicas, ao contrário de fronteiras rígidas, que delimitam mercados de forma estática e segura, tem-se, na realidade, um amplo e dinâmico processo de serviços e de produtos que se entrelaçam, que se complementam e que, na maioria das vezes, pode, ser ofertados por uma única plataforma” (Ato de concentração 08012.005789/2008-23 e 53500.012477/2008, Requerentes Telemar Norte Leste S.A. (“Oi”), Brasil Telecom S.A. (“BrT”) e outros, Conselheiro Relator Vinícius Marques de Carvalho, j. em 20.10.2010).

Para fins da análise que é objeto da presente investigação, importa destacar, em todo caso, que o CADE entende serem distintos os mercados de STFC nas modalidades local, longa distância nacional (LDN) e longa distância internacional (LDI), bem como serem diversos os mercados de serviço móvel pessoal (SMP) e serviços de comunicação multimídia (SMC, que inclui acesso de internet banda larga e instalação de redes corporativas de transmissão de dados e voz).⁵⁶⁴

No que tange ao STFC, observou o Conselheiro Carlos Ragazzo que:

“o STFC, segundo a ANATEL, tem como características marcantes a necessidade de investimentos em capital intensivo e a presença de custos irrecuperáveis. Semelhantemente, os instrumentos regulatórios necessários para a atuação de um agente nesse mercado não são triviais. As barreiras à entrada no mercado de STFC, portanto, tendem a ser elevadas e, normalmente, há poucas empresas prestando esse serviço. Não obstante, afirma a ANATEL que, ao menos desde 2003, não há mais limitação legal ao número de prestadoras de STFC, reduzindo-se as barreiras institucionais à entrada nesse mercado. Especificamente com relação às modalidades LDN e LDI (...) asseverou a ANATEL que ‘ao contrário do que ocorre no mercado de acesso local, a infraestrutura requerida para a prestação dos serviços de longa distância não constitui uma instalação essencial, ou seja, a sua duplicação por eventuais competidores é economicamente viável’. Assim, verifica-se, com relação ao STFC, e em especial às modalidades LDN e LDI, que as barreiras à entrada são possivelmente menores que no mercado de SMP, embora permaneçam altas.

Também por isso, embora o mercado de STFC seja concentrado, verifica-se que o número de agentes atuantes no segmento é maior que no mercado de SMP. Além disso, nas modalidades LDN e LDI, a seleção das prestadoras é feita chamada a chamada, podendo o consumidor optar imediatamente por uma ou por outra, por meio de código de seleção de prestadoras (CSP), sem contratação formal ou adesão a planos específicos. Segundo a ANATEL, há hoje [i.e. abril/2010], 41 prestadoras que dispõem de CSP, havendo facilidade na substituição da oferta e grande poder de escolha por parte do usuário, o que certamente contribui para a rivalidade nesses mercados.

(...)

Ao contrário do mercado de telefonia móvel, ascendente, a demanda no mercado de STFC é estável (...), e há, na verdade, uma possível tendência a um decréscimo de demanda, haja vista a utilização cada vez maior da telefonia móvel, além da introdução de novas tecnologias, como serviço de voz sobre IP (VoIP). Nesse sentido, a demanda nesse mercado atual no sentido de desencorajar esquemas colusivos.

⁵⁶⁴ Como se constata na definição de mercados relevantes realizada no ato de concentração 53500.012487/2007, Requerentes Telefônica S.A. e outros, Conselheiro Relator Carlos Ragazzo, j. em 07.04.2010. O voto do relator menciona ainda que “definições de mercado semelhantes também já foram abarcadas pelo CADE, como nos casos dos ACs n. 53500.0020216/2007, 53500.000248/2008, 53500.022892/2007 e 53500.000478/2008”.

Como no mercado de SMP, a transparência de preços aos consumidores do STFC é grande, havendo, igualmente, grandes investimentos em marketing e, segundo a Telefonica, acirrada competição via preços, já que, em razão da homogeneidade do produto, ‘os preços são os elementos-chave na disputa pelos clientes’.

Finalmente, também nos mercados de telefonia fixa a inovação tem papel crucial, inibindo o exercício unilateral de poder de mercado e incentivos à coordenação.”⁵⁶⁵

Vê-se, assim, que no que tange ao STFC, esse somente segue operando efetivamente sob a lógica do monopólio natural na modalidade local. Segundo o Conselheiro Roberto Pfeiffer:

“o provimento de acesso local consiste na prestação de uso de infraestrutura para o estabelecimento de uma ligação entre o usuário final de diferentes serviços de telecomunicações e a rede a partir da qual estes últimos são oferecidos. Sob a ótica da oferta, o mercado relevante de exploração de acesso local é formado pelas empresas que possuem os meios físicos (infraestrutura de rede) para transmitir os sinais até o local onde se encontra o usuário. O uso desta infraestrutura é um insumo para outras empresas de telecomunicações, que, para oferecerem seus serviços ao usuário final, demandam os serviços de acesso local. Tal acesso pode ser oferecido em mais de uma modalidade utilizando-se a mesma infraestrutura. Dentre as modalidades estão a interconexão da rede do demandante à rede local (a ser paga por uma tarifa de interconexão TU-RL) e a cessão de uma linha dedicada para o demandante, como no caso da Exploração Industrial de Linhas Dedicadas – EILD (linhas privadas alugadas para outras operadoras)”.⁵⁶⁶

A previsão da LGT de que os atos de concentração serão remetidos ao CADE por meio da ANATEL faz com que, nos casos de troca de controle societário de concessionárias de telefonia fixa, a entidade reguladora desempenhe um duplo papel: de um lado, ela deve analisar previamente a operação, pois, sem o seu aval, as partes não podem realizá-la. No entanto, após obterem a aprovação regulatória, as partes devem se submeter a novo escrutínio da autoridade reguladora, dessa feita na qualidade de autoridade instrutória do processo de análise do ato de concentração, a ser remetido para julgamento do CADE.

⁵⁶⁵ Ato de concentração 53500.012487/2007, Requerentes Telefónica S.A. e outros, Conselheiro Relator Carlos Ragazzo, j. em 07.04.2010.

⁵⁶⁶ Ato de concentração 53500.005055/2003, j. 25.03.2005, Conselheiro Relator Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.

Essa situação foi alvo de fundada crítica do Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho que, ao julgar o ato de concentração Oi/Brasil Telecom, manifestou-se nos seguintes termos:

“Tomando esses dispositivos como pano de fundo, a aprovação de um ato de concentração que envolva a ANATEL e o SBDC tem se desenrolado do seguinte modo: (i) o AC é apresentado previamente à ANATEL que, analisando a perspectiva regulatória impõe as medidas necessárias à sua aprovação; (ii) com essa aprovação as empresas podem efetivar o ato de concentração; (iii) em seguida a ANATEL elabora um parecer voltado à análise dos aspectos concorrenciais da operação e o encaminha ao CADE como produto da sua instrução; (iv) finalmente o CADE analisa o AC e profere a decisão final sobre a sua regularidade, impondo as medidas que considerar necessárias para a mitigação de riscos concorrenciais. Evidentemente que o CADE pode impor medidas cautelares ou celebrar um APRO, em qualquer etapa do procedimento descrito.

(...)

Sendo assim, surge a pergunta: estamos diante do modelo de organização da relação entre esses dois órgãos que melhor responde aos imperativos de eficiência e efetividade das políticas públicas no que tange à análise de atos de concentração? É possível um novo modelo que assuma como dado os dispositivos legais mencionados acima, mas que confira maior legitimidade às decisões dos órgãos envolvidos?

A resposta à primeira questão, a meu ver, é um rotundo não. Arrisco-me a assegurar, que se insistirmos nessa configuração, comprometeremos os pilares da legitimidade da ação pública mencionados acima, causando grandes transtornos aos administrados relacionados, principalmente, à segurança jurídica.

(...) no *modus operandi* atual, é possível que a ANATEL autorize a operação do ponto de vista regulatório e, após a instrução concorrencial, sugira ao CADE a não aprovação da operação. Teríamos nessa situação um caso de bipolaridade administrativa.”⁵⁶⁷

O Conselheiro sugere, para pôr termo a essa “bipolaridade”, que se interpretem as normas regulatórias como autorizando que a ANATEL proceda simultaneamente à análise regulatória e concorrencial quando do exercício de sua competência prévia.⁵⁶⁸

⁵⁶⁷ Ato de concentração 08012.005789/2008-23 e 53500.012477/2008, Requerentes Telemar Norte Leste S.A. (“Oi”), Brasil Telecom S.A. (“BrT”) e outros, Conselheiro Relator Vinicius Marques de Carvalho, j. em 20.10.2010. Merece se esclarecido que essas observações foram efetuadas antes da promulgação e entrada em vigor da Lei 12.529/2011, que inaugura o controle prévio de concentrações no direito brasileiro.

⁵⁶⁸ O Conselheiro assim se manifestou: “A essa hipótese alguém com algum bom senso pode reagir dizendo que, na prática, a ANATEL impõe as restrições concorrenciais já na anuência prévia, não havendo o risco de se configurar a situação descrita acima. A essa contra-argumentação respondo: por que então não considerar essa primeira decisão da ANATEL e todos os pareceres que a subsidiaram como a instrução concorrencial do caso, permitindo que, logo após a anuência prévia, o CADE proceda à sua análise? Tal mudança reduziria, com base na experiência da última década, em mais de dois anos o tempo de aprovação desses atos,

Tem razão, a nosso ver, o Conselheiro: a dupla instrução ofende o princípio da eficiência. Cabe às áreas da ANATEL que tiverem competência sobre o caso coordenarem-se para que, ao final, a Diretoria Colegiada da agência decida quanto à possibilidade de aprovação da operação.

Em seguida, e apenas em caso de aprovação, ainda que sujeita a restrições, da operação, deverá o caso ser encaminhado ao CADE. Se a operação não passar pelo crivo regulatório, será o caso de a ANATEL recusar o pleito formulado pela requerente e, como essa análise é prévia, sequer haverá necessidade de submissão ao CADE.

O oposto, isto é, a segregação das análises concorrencial e regulatória dentro da própria autoridade reguladora, com a emissão de duas manifestações autônomas, parece-nos um contrassenso. Não se pode conceber a possibilidade de a agência reguladora conceder sua aprovação regulatória a uma operação que ela própria considere anticompetitiva, apenas deixando a formalização dessa resposta para o segundo momento da análise, em se seguindo as etapas processuais mencionadas pelo Conselheiro em sua crítica.

Já ao CADE incumbe, ao analisar um ato de concentração concreto, “identificar e avaliar se as medidas regulatórias existentes são capazes de conter possíveis abusos”.⁵⁶⁹ Se forem insuficientes, o CADE poderá adotar medidas restritivas adicionais, dentro daquelas que estão na sua esfera de atribuições; se depender de ações da entidade reguladora, poderá apenas sugeri-las.

A concorrência não deixa de ser uma dimensão da regulação econômica. Por todo o já exposto nesta tese, como regra geral tem-se entendido que o ordenamento brasileiro adota o sistema de complementaridade de competências, em que são realizadas duas instruções separadas – uma de natureza técnica e econômica, e a outra de natureza eminentemente concorrencial - necessitando-se de duas aprovações autônomas, a fim de que uma operação de concentração ocorrida em setor de infraestrutura possa produzir todos os seus efeitos.

conferindo maior efetividade e eficiência à ação do Estado” (Ato de concentração 08012.005789/2008-23 e 53500.012477/2008, Requerentes Telemar Norte Leste S.A. (“Oi”), Brasil Telecom S.A. (“BrT”) e outros, Conselheiro Relator Vinícius Marques de Carvalho, j. em 20.10.2010).

⁵⁶⁹ Ato de concentração 08012.005789/2008-23 e 53500.012477/2008, Requerentes Telemar Norte Leste S.A. (“Oi”), Brasil Telecom S.A. (“BrT”) e outros, Conselheiro Relator Vinícius Marques de Carvalho, j. em 20.10.2010.

Não foi essa, no entanto, a opção do legislador para o setor de telecomunicações, que preferiu conferir à entidade reguladora competência para instrução dos atos de concentração. Partindo-se dessa inafastável premissa legislativa, nossa conclusão é que a agência deve exercer simultaneamente as suas atribuições regulatória e concorrencial.

Já no que tange às condutas, tendo em vista a forte concorrência observada nas telecomunicações, não surpreende que, dentre os setores de infraestrutura abarcados pela nossa pesquisa, seja aquele em que mais se observam acusações de práticas anticompetitivas, ainda que, conforme se demonstrará, no mérito essas tenham sido arquivadas.

Uma das dificuldades a ser enfrentada para o tratamento dos casos envolvendo STFC refere-se a situações em que há duplamente referência aos mercados de telefonia fixa e móvel. Ilustrando a complexidade dessas situações, pode-se mencionar a alegação de prática de preços predatórios que foi formulada pela Brasil Telecom S/A, na qualidade de ofertante de LDN (com representações similares formuladas também por Intelig e Embratel), em face da Vivo, quando do lançamento dessa marca em 2003. Segundo a representante, o desconto conferido nas ligações “de Vivo para Vivo”, como estratégia de lançamento de marca, entre 13 e 30.03.2003, constituiria preço predatório, porque na prática tornaria a ligação entre celulares Vivo mais baratas do que o preço de interconexão LDN. Conforme relatou a Procuradoria do CADE:

“Segundo os representantes, resumidamente, as empresas do grupo VIVO lançaram uma campanha publicitária ofertando uma tarifa promocional, do dia 13 ao 30 de abril de 2003, pela qual toda chamada originada de um celular VIVO para outro celular VIVO, em qualquer região do Brasil seria passível de tarifa local (VC1). Por esta promoção, na ótica da Representante, incorrera a VIVO em extravio da receita relevante das empresas de telefonia fixa que operam em LDN e em obstrução da entrada de futuros concorrentes, provocando, dessa forma, infração da ordem econômica.

O valor da tarifa VC1, entre os celulares da operadora VIVO, era inferior ao custo da ligação LDN, o que evidenciaria o preço predatório. Além disso, a tarifa promocional ofertada pela VIVO induziria o usuário à escolha do código de seleção de prestadora (CSP), onerando as chamadas LDN pela discriminação de determinada prestadora de longa distância”.⁵⁷⁰

⁵⁷⁰ Parecer da Procuradoria-Geral do CADE nos autos do Recurso de Ofício na Averiguação Preliminar 53500.002141/2003, Representante: Brasil Telecom S/A e Representada Brasilcel B.V., proferido em 30 de março de 2005.

Trata-se, portanto, de situação que envolvia um mercado de origem – telefonia móvel – podendo gerar, alegadamente, um efeito anticompetitivo no mercado de LDN. No mérito, no entanto, a existência de infração à concorrência não restou configurada; a averiguação preliminar foi arquivada sob a justificativa de que se tratava de promoção, estratégia legítima de lançamento de novos produtos e marcas, o que seria evidenciado pelo curto lapso temporal da promoção. Além disso, dado ser o setor de telefonia móvel competitivo, não haveria possibilidade de prática de preço de monopólio *a posteriori*, o que se faz necessário para que uma venda abaixo do preço de custo possa ser caracterizada como preço predatório. Dessa forma, a averiguação preliminar terminou por ser arquivada.⁵⁷¹

Em outra averiguação preliminar, uma concessionária de telefonia fixa local acusou a concessionária de longa distância da prática de preço predatório em processo licitatório para prestação de serviços de STFC e transmissão de dados ao Banco do Brasil S.A., em todo o território nacional. A averiguação preliminar foi arquivada ante o entendimento de que, em se tratando de contrato limitado a trinta e seis meses e precedido de procedimento licitatório, no qual o preço praticado é resultante da disputa entre os licitantes e não pode ser alterado unilateralmente pela contratada, a estratégia de predação não seria racional, pois não seria possível ao agente econômico recuperar o investimento na prática deliberada de predação mediante a cobrança de preços monopolistas no futuro.⁵⁷²

Além de alegações de preço predatório, o setor também já enfrentou processos por discriminação de preços. Merecem menção as três representações formuladas pela Embratel e Intelig, em face das três concessionárias locais, acusando-as de discriminação

⁵⁷¹ A decisão teve a seguinte ementa: “Recurso de Ofício. Reclamação administrativa com pedido de medida cautelar. Lançamento da marca ‘VIVO’, com tarifa promocional. Suposta prática de preços abaixo do valor de custo da ligação LDN. Ligação para qualquer lugar do país, por preço de chamada local. Averiguação Preliminar promovida pela ANATEL. Sugestão de arquivamento, por não observar infração à ordem econômica. Prática sazonal, para lançamento da marca no mercado. Não caracterização de preço predatório, conforme Resolução CADE 20/99. Recurso conhecido e não provido. Manutenção do arquivamento” (Recurso de Ofício na Averiguação Preliminar 53500.002141/2003, Representante: Brasil Telecom S/A e Representada Brasilcel B.V., j. em 06.04.2005, unânime).

⁵⁷² “(...) Há também de se destacar que uma eventual cobrança de preços abaixo do custo em apenas um leilão é ineficaz para se ter qualquer efeito no mercado. Se a intenção da Embratel fosse essa, seria de se esperar que essa cobrança indevida ocorresse em vários leilões. Assim, a acusação com base em apenas uma licitação seria insuficiente para caracterizar eventual conduta de predação”. Voto do Conselheiro Ricardo Ruiz, p. 7. A decisão teve a seguinte ementa: “Averiguação preliminar. Apuração de suposta conduta de cobrança de preço predatório. Mercado nacional de telefonia fixa comutada e transmissão de dados. Estrutura de mercado não propícia à prática da conduta. Irracionalidade da conduta. Ausência de provas. Inexistência de infração à ordem econômica. Não provimento do recurso. Arquivamento” (AP 53500.004382/2003, j. em 21.07.2010).

de preços e práticas de subsídio cruzado, beneficiando-se, assim, do fato de serem as detentoras da rede fixa local. Esses pedidos foram acompanhados de pleitos de imposição de medidas cautelares que vedassem a discriminação, no que foram atendidos pela agência reguladora setorial.

Vale mencionar, no entanto, que quando do julgamento do mérito dessas acusações de discriminação dos preços praticados nas tarifas de interconexão entre as concessionárias locais em face das empresas que atuavam na longa distância (tanto a concessionária Embratel quanto a autorizatária Intelig), o CADE terminou por arquivar os processos administrativos, entendendo não ter restado configurada prática de discriminação de preços e condições de oferta, por ausência de provas.⁵⁷³

No âmbito do Recurso Voluntário 08700.001291/2003-29, por exemplo, o CADE, por maioria, manteve medida preventiva imposta pela ANATEL que obrigara a Brasil Telecom a não discriminar clientes no mercado de Exploração Industrial de Linha Dedicada – EILD.⁵⁷⁴ A acusação era que a Representada poderia, em tese, estar se beneficiando da posição dominante detida na Região II do PGO, na qual possuía a gestão da rede, para expandir a sua dominância para o mercado alvo – o de prestação de serviços de transmissão de dados corporativos. A discriminação ofereceria vantagem competitiva à concessionária local especialmente nas licitações realizadas pelo poder público, sendo mencionada a doutrina das *essential facilities*.⁵⁷⁵

⁵⁷³ “Processos Administrativos. Acusação de aumento artificial dos custos das concorrentes por parte das Representadas, por meio da detenção de Mercados Relevantes do Produto: Serviço Telefônico Fixo Comutado de Longa Distância Nacional (STFC-LDN) e mercado de Interconexão. Mercados Relevantes Geográficos: Região I, Região II e Região III do Plano Geral de Outorgas. Competência do CADE para investigar infrações contra a ordem econômica em setores regulados. Ausência de provas da ocorrência investigada. Conduta anticoncorrencial não caracterizada. Arquivamento” (Processos Administrativos 53500.001821/2002, 53500.001823/2002 e 53500.1824/2002, julgados simultaneamente em 14.09.2005, Conselheiro Relator Roberto Pfeiffer).

⁵⁷⁴ A medida preventiva imposta pela ANATEL exigia, dentre outras providências, que a concessionária “cesse imediatamente a prática de discriminação de preços no mercado de serviços de provimento de acesso local segmentado para usuários de perfil difuso, na região II do PGO” e “passe a cobrar pelo acesso local, insumo para prestação de serviços de comunicação de dados, os menores valores praticados, considerando os critérios de descontos, nas licitações das quais participou com os seus concorrentes”.

⁵⁷⁵ Após esclarecer que “o mercado relevante em análise é o mercado de provimento de acesso à rede local a baixas velocidades”, limitado “à área abrangida pela licitação”, o Conselheiro Ricardo Cueva concluiu, citando o precedente 08700.003174/2002-19 (Embratel X Telesp), que “também aqui, os pares metálicos e, consequentemente, o acesso à rede local a baixas velocidades constituem-se em *essential facilities* incontestavelmente detidas pela Brasil Telecom”. Em conclusão, o Conselheiro votou pela manutenção da medida preventiva que havia sido imposta pela ANATEL (RV 08700.001291/2003-29, j. em 08.12.2004, maioria). Alegação semelhante foi feita no Recurso Voluntário 08700.00234/2005-94, contra medida preventiva imposta pela SDE, sob o argumento de que a Telesp – Telecomunicações de São Paulo S/A criava

Houve outros casos em que, no entanto, a discriminação de preços foi encerrada por meio de Termo de Compromisso de Cessação de Prática anticompetitiva - TCC. Em representação formulada pela Embratel em face de Telecomunicações de São Paulo S/A – Telesp, esta foi acusada de, em licitação para provimento de serviço de comunicação de dados, praticar preços diferenciados de acesso à sua rede local para a empresa do seu grupo econômico, comparativamente ao ofertado à Representante.⁵⁷⁶ O caso terminou mediante lavratura de TCC, no qual a Representada obrigou-se às seguintes cláusulas:

“Cláusula 4ª. A COMPROMISSÁRIA se compromete a cobrar pelo acesso local, insumo para prestação de serviços de comunicação de dados, os menores valores de acesso local utilizados nas licitações das quais participou com os seus concorrentes, considerando os critérios de descontos estabelecidos pela COMPROMISSÁRIA, em caráter isonômico e objetivo, de acordo com a sua política comercial. A COMPROMISSÁRIA registra ser sua atual política comercial de descontos aquela constante da tabela anexa (anexo I), comprometendo-se a manter a Anatel informada sobre qualquer alteração.”

(...)

“Cláusula 5ª. A COMPROMISSÁRIA se compromete a publicar, em seu site na internet, tabela de preços de acesso local (EILD, SRIT, SCM e SLE), contendo toda a política de preço praticada pela COMPROMISSÁRIA, discriminando de forma clara e objetiva os descontos oferecidos.”⁵⁷⁷

Em síntese, a análise quantitativa de julgados do CADE envolvendo o setor de telefonia fixa retornou os seguintes resultados:

dificuldades ao funcionamento de serviços de valor adicionado (portais de voz) hospedados em redes de concorrentes. A medida preventiva foi revogada após a assinatura de Termo de Compromisso de Cessação de Prática nos autos do processo administrativo principal (08012.007677/2004-48).

⁵⁷⁶ Conforme narra o Conselheiro Relator, a Representante alegava que “o serviço de acesso local é destinado a conectar as redes de comunicação ou linhas dedicadas ao cliente final” e que “tais serviços constituem o insumo básico para a oferta de diversos serviços de telecomunicações que compõem mercados em que a Representada e a Representante são concorrentes” (Processo Administrativo 53500.005770/2002, despacho do Conselheiro Relator Luis Fernando Schuartz, datado de 22.02.2006, em que recomenda ao Plenário do CADE que ratifique o TCC firmado pela ANATEL com a Representada, grifamos).

⁵⁷⁷ Cláusulas transcritas no despacho do Conselheiro Relator Luis Fernando Schuartz, datado de 22.02.2006, em que recomenda ao Plenário do CADE que ratifique o TCC firmado pela ANATEL com a Representada no Processo Administrativo 53500.005770/2002. Os processos administrativos 53500.002286/2001 e 53500.002284/2001 foram igualmente suspensos em razão da assinatura de TCCs de idêntico teor.

■	Total de casos julgados:	27
■	Atos de concentração – Total:	16
■	Aprovados sem restrições:	14
■	Aprovados com restrições:	02 ⁵⁷⁸
■	Reprovados:	zero
■	Averiguação preliminar:	03 ⁵⁷⁹
■	Processos administrativos:	08 ⁵⁸⁰

4.7 Atividades econômicas monopolizadas e a jurisprudência do CADE

Embora possa parecer, à primeira vista, um contrassenso aludir-se a uma análise “concorrencial” em mercados que sejam “monopolizados”, é preciso lembrar, mais uma vez, que o art. 15 da lei 8.884/94, assim como o art. 31 da Lei 12.529/2011, não exclui qualquer setor da incidência da lei de defesa da concorrência, referindo-se expressamente aos agentes econômicos “que exercem suas atividades sob monopólio legal”. Além disso, a própria teoria das *essential facilities* deixa claro ser possível o abuso de posição dominante por parte do monopolista detentor de redes de infraestrutura, donde haver a necessidade de submeter também os mercados monopolizados pelo Estado ao escrutínio antitruste.

Especialmente com relação ao art. 177 da Constituição Federal, faz-se necessário mencionar ainda que, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 09/95 e da legislação que lhe sucedeu, observa-se um processo de delegação à iniciativa privada das atividades do setor de petróleo e gás que seguem monopolizadas pela União Federal.

⁵⁷⁸ Casos Oi/Brasil Telecom (53500.012477/2008) e Telecom Italia/ Telefonica (53500.012487/2007).

⁵⁷⁹ As três foram arquivadas pelo CADE.

⁵⁸⁰ Três processos administrativos foram arquivados e cinco tiveram o seu arquivamento condicionado à celebração de Termo de Compromisso de Cessação de Prática.

4.7.1 Transporte de gás natural

No Brasil, o transporte de gás natural constitui atividade monopolizada pela União Federal, a teor do art. 177, III da Constituição Federal, cuja exploração pode ser concedida à iniciativa privada, nos termos do §1º do art. 177 e da Lei 11.909/2009, mediante contrato de concessão precedido de licitação. Embora não se trate de serviço público, a ANP regula as tarifas máximas a serem praticadas.⁵⁸¹

O transporte de gás natural é reconhecido como exemplo de monopólio natural, já que a duplicação da infraestrutura não se apresenta economicamente vantajosa.⁵⁸²

⁵⁸¹ Lei 11.909/2009: “Art. 1º Esta Lei institui normas para a exploração das atividades econômicas de transporte de gás natural por meio de condutos e da importação e exportação de gás natural, de que tratam os incisos III e IV do *caput* do art. 177 da Constituição Federal, bem como para a exploração das atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural. § 1º As atividades econômicas de que trata este artigo serão reguladas e fiscalizadas pela União, na qualidade de poder concedente, e poderão ser exercidas por empresa ou consórcio de empresas constituído sob as leis brasileiras, com sede e administração no País”. A lei esclarece não se tratar de prestação de serviço público, mas sim de atividade econômica (em sentido estrito) monopolizada pela União Federal: “§ 2º A exploração das atividades decorrentes das autorizações e concessões de que trata esta Lei correrá por conta e risco do empreendedor, não se constituindo, em qualquer hipótese, prestação de serviço público”. Sobre o controle tarifário pela ANP, dispõe a Lei: “Art. 5º (...).§ 2º No decorrer do processo de chamada pública, de forma iterativa, a ANP deverá fixar a tarifa máxima a ser aplicada aos carregadores interessados na contratação de capacidade de transporte”. “Art. 13. (...)§ 2º As tarifas de transporte de gás natural a serem pagas pelos carregadores para o caso dos gasodutos objeto de concessão serão estabelecidas pela ANP, aplicando à tarifa máxima fixada no processo de chamada pública o mesmo fator correspondente à razão entre a receita anual estabelecida no processo licitatório e a receita anual máxima definida no edital de licitação”. Uma análise histórica das discussões que precederam a aprovação da Lei 11.909/2009 e as possibilidades regulatórias que foram ventiladas para a regulação do gás natural no Brasil pode ser encontrada em SALGADO, Lucia Helena. Rumo a um novo marco regulatório para o gás natural. *Revista do IBRAC*. São Paulo, IBRAC, ano 15, n. 4, 2008, pp. 235/249.

⁵⁸² Exclui-se da presente análise a comercialização de gás natural que, logicamente, é dependente do acesso aos gasodutos. Este mercado foi analisado pelo Conselheiro Thompson Andrade no ato de concentração 08012.007310/2001-17, quando observou: “o mercado relevante da operação [é] o mercado de comercialização de gás natural transportado pelo gasoduto Brasil-Bolívia para as companhias distribuidoras locais. Cabe ressaltar que este é, ainda, um setor monopolizado sob o controle da Petrobras, embora o Governo Federal pretenda iniciar a promoção da concorrência no setor por meio do livre acesso aos gasodutos, conforme os termos da Resolução 98/01 da ANP, que determinou a realização de um concurso aberto para expansão do gasoduto Brasil-Bolívia. Ressalte-se que a Petrobras é o principal produtor e transportador de gás natural (que, entre outros ativos, possui parte dos direitos sobre o gasoduto Brasil-Bolívia)”. Adiante, concluiu: “A operação poderá acarretar integração vertical, tendo em vista que a BG do Brasil Ltda. detém participações no Gasoduto Brasil-Bolívia (9,66%) e na COMGÁS (Companhia Distribuidora de Gás de São Paulo). Também o grupo Repsol YPF possui participação na CEG Rio S/A, atuando no mercado de distribuição de gás natural no Estado do Rio de Janeiro. Há também a possibilidade da operação acarretar concentração horizontal, uma vez que os grupos requerentes, e também a Vigésimus, apresentaram propostas individuais para participar no Concurso Aberto da TBG visando atuar no mercado de comercialização de gás a partir do Gasoduto Brasil-Bolívia. Note-se que o fato de uma empresa apresentar proposta irrevogável não significa que poderá atuar neste mercado já que não há garantia de que seu pleito será atendido, uma vez que o projeto de expansão da TBG limita-se a 20 MMm³ não sendo possível o atendimento de todas as propostas. Considerando que atualmente mercado relevante é monopolizado pelo grupo Petrobrás e que mesmo que as propostas apresentadas pelas requerentes sejam vencedoras no Concurso

Destacando as características que fazem com que o transporte de gás natural seja compreendido no rol de atividades consideradas monopólio natural, observa Diaz:⁵⁸³

- existem barreiras à entrada nesse mercado, dados os custos afundados dos transportadores e os elevados investimentos necessários à instalação de gasodutos;
- existem economias de escala tendo em vista o estado atual da técnica, o que aponta para a ineficiência de se ter concorrência entre transportadores que prestem serviços em uma mesma área;
- o custo do gasoduto é relativamente proporcional ao diâmetro do tubo e à máxima pressão sob a qual pode operar, enquanto que a capacidade de transporte é proporcional ao seu diâmetro ao quadrado;
- a existência de um único gasoduto utilizado por vários produtores faz com que se reduza o risco de um corte na transmissão em caso de queda de um dos produtores.

Atualmente, o marco regulatório da atividade de transporte de gás natural é encontrado especialmente na Lei 11.909/09, que estabelece como regra geral um regime de concessão industrial mediante licitação⁵⁸⁴, que poderá prever um período inicial de exclusividade nessa exploração, como forma de permitir ao distribuidor ser ressarcido dos investimentos que vier a realizar.⁵⁸⁵

Aberto da TBG isto representará uma desconcentração com a introdução de concorrência neste mercado, entendo que a presente operação não tem potencial para limitar ou prejudicar a concorrência”. (j. em 14.05.2003).

⁵⁸³ DÍAZ, Jorge Mercado. *¿Pueden desarrollarse mercados competitivos de gas?*, pp. 27 e 28. Da perspectiva brasileira, Lucia Helena Salgado destaca as seguintes dificuldades à atração de investimentos para o setor de gás natural: risco de comportamento oportunista por parte do detentor da infraestrutura; baixa capacidade de regulação; poder de mercado da incumbente; e o risco de não desenvolvimento do mercado. SALGADO, Lucia Helena. Rumo a um novo marco regulatório para o gás natural, p. 238.

⁵⁸⁴ O art. 1º, § 2º, da Lei 11.909/09 é expresso ao excluir as concessões para transporte de gás do regime geral das concessões de serviços públicos: “Art. 1º (...) § 2º A exploração das atividades decorrentes das autorizações e concessões de que trata esta Lei correrá por conta e risco do empreendedor, não se constituindo, em qualquer hipótese, prestação de serviço público”.

⁵⁸⁵ Lei 11.909/2011: “Art. 3º A atividade de transporte de gás natural será exercida por sociedade ou consórcio cuja constituição seja regida pelas leis brasileiras, com sede e administração no País, por conta e risco do empreendedor, mediante os regimes de: I - concessão, precedida de licitação; ou II - autorização. § 1º O regime de autorização de que trata o inciso II do *caput* deste artigo aplicar-se-á aos gasodutos de

A Lei 11.909/09 não tratou expressamente da relação entre o SBDC e a ANP, mas, com base nas previsões gerais da Lei 9.478/97⁵⁸⁶, que ressalva as atribuições dos órgãos de defesa da concorrência na cadeia de petróleo e gás natural, o CADE já decidiu atos de concentração e processos administrativos envolvendo o setor de transporte de gás natural, reconhecendo, nessas ocasiões, a natureza de monopólio natural dessa atividade.

Nesse sentido, dispôs o Conselheiro Afonso Arinos de Melo Franco Neto no julgamento do ato de concentração 08012.003066/01-13:

“mercado relevante do produto é o de transporte de gás natural por gasoduto, já que não há tecnologias concorrentes para o transporte do gás natural a custos similares aos do transporte via gasodutos. O mercado relevante geográfico é a área do território brasileiro que é servida com vantagem de custo incontestável pelo gasoduto operado pela TSB, que pode ser delimitado como o Estado do Rio Grande do Sul. Nesse mercado a TSB é um monopólio natural”.⁵⁸⁷

Entretanto, é relevante observar que, apesar de ser um monopólio natural, o ato de concentração criava uma integração vertical que, no caso, não se mostrava suficiente a justificar a necessidade de imposição de restrições à sua aprovação:

“sendo que não há acréscimo de capacidade de oferta pela TotalFina no mercado relevante, não há concentração horizontal decorrente da operação. Há, contudo, concentração vertical decorrente da existência de empresas afiliadas à TotalFina que produzem gás natural na bacia de Neuquen, Argentina, que é transmitido pelo gasoduto a Porto Alegre e outras áreas do Estado do RS”.

transporte que envolvam acordos internacionais, enquanto o regime de concessão aplicar-se-á a todos os gasodutos de transporte considerados de interesse geral. § 2º Caberá ao Ministério de Minas e Energia, ouvida a ANP, fixar o período de exclusividade que terão os carregadores iniciais para exploração da capacidade contratada dos novos gasodutos de transporte. § 3º A empresa ou o consórcio de empresas concessionários ou autorizados para o exercício da atividade de transporte de gás natural somente poderão explorar aquelas atividades referidas no art. 56 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, além das atividades de estocagem, transporte de biocombustíveis e construção e operação de terminais. (...)”.

⁵⁸⁶ Lei 9.478/97. “Art. 10. Quando, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, para que estes adotem as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente. Parágrafo único. Independentemente da comunicação prevista no *caput* deste artigo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE notificará a ANP do teor da decisão que aplicar sanção por infração da ordem econômica cometida por empresas ou pessoas físicas no exercício de atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, no prazo máximo de vinte e quatro horas após a publicação do respectivo acórdão, para que esta adote as providências legais de sua alçada”.

⁵⁸⁷ Ato de concentração 08012.003066/01-13, j. em 28.11.2001. Embora não seja essa uma das principais razões de decidir, o Conselheiro-Relator lembrou ainda que “a atividade de transporte é regulada pela ANP, e, em particular, o livre acesso aos gasodutos é estabelecido no art. 58 da Lei 9.478/97”.

Em outro julgado relativo ao setor de transporte de gás natural, o CADE destacou que:

“no que diz respeito à concorrência, como em toda indústria de rede, as oportunidades de competição no transporte de gás natural são limitadas em decorrência das enormes economias de escala existentes nessa atividade. Por isso, o transporte de gás natural tende a ter características de monopólio natural. Entretanto, recente estudo da OCDE sobre as características da indústria de gás em seus países-membros observa que a competição nessa etapa depende da localização geográfica dos produtores e dos consumidores de gás, bem como do nível de demanda existente, comparado à capacidade relativa de um duto individual. Nos países onde há uma grande dispersão geográfica das fontes produtoras independentes de gás, pode haver competição entre gasodutos, pois existe maior chance de um mercado consumidor ser atendido por várias rotas. Este efeito atenua a existência de economias de escala em uma rota única”.⁵⁸⁸

Essa, no entanto, não era a realidade do Brasil, pois, como observou o Conselheiro Relator Thompson Andrade, “embora haja opções de oferta de gás procedente de três regiões distintas – ou seja, dos campos de produção nacional, bolivianos e argentinos, tudo indica, porém, que, pelo menos no médio prazo, não haverá concorrência no transporte de gás natural”.⁵⁸⁹

Em ato de concentração julgado cerca de dois anos mais tarde, o CADE novamente aprovou uma operação no mercado de transporte de gás, ocasião em que o Conselheiro Relator, após ratificar o entendimento de que o mercado afetado constituía um monopólio natural, ressentiu-se da ausência de normatização regulatória sobre o livre acesso aos gasodutos:

“considerando que a operação notificada se refere à criação de uma nova infraestrutura de serviços na região, qual seja, a de transporte de gás natural via dutos, atividade antes inexistente naquela área, a operação não implica em ampliação de poder de mercado das requerentes. Deve-se lembrar, entretanto, que tal serviço é produzido na forma de um monopólio natural, o que requer a sua

⁵⁸⁸ Ato de concentração 08012.002900/2000-72, Relator Conselheiro Thompson Andrade, j. em 19.09.2001.

⁵⁸⁹ O Relator observou que “a Petrobras (por meio de suas subsidiárias) é a controladora das redes de gasodutos em todas as rotas existentes. Esse modelo contrasta com a análise feita pela Divisão de Política e Legislação de Concorrência da OCDE, segundo a qual um dos pilares da promoção da concorrência no setor de gás natural é a reforma da oferta, consistente em fontes de suprimento e redes de dutos independentes”. Ato de concentração 08012.002900/2000-72, Relator Conselheiro Thompson Andrade, j. em 19.09.2001.

regulação para impedir o abuso do poder de mercado, particularmente no que se refere à possibilidade de discriminação dos usuários do serviço.

A preocupação com o livre acesso, não-discriminatório, dos carregadores ao gasoduto ficou manifestada nos pareceres da Agência Nacional do Petróleo (ANP), da SEAE e do MPF, os quais apresentaram pareceres pela aprovação da presente operação, mas que fizeram sugestões para que tal princípio estivesse presente nas negociações de futuros contratos de transportes assinados pelo Consórcio com os carregadores.

A Lei 9478, criadora da ANP, estabeleceu no seu artigo 58 o princípio do livre acesso de terceiros aos dutos e terminais marítimos destinados à movimentação de petróleo, seus derivados e o gás natural. No que tange ao transporte de gás natural por dutos, este princípio esteve regulamentado pela Portaria ANP nº 169/98 durante o período de novembro de 1998 a abril de 2001. Em fevereiro de 2001, a ANP colocou em consulta pública uma proposta de Portaria para regulamentar o livre acesso, a qual recebeu comentários de representantes da indústria e do meio acadêmico. Como reação às críticas e às sugestões recebidas, a ANP decidiu que, ao invés de adotar a Portaria colocada em consulta pública, seriam elaboradas novas normas regulamentadoras, as quais ainda estão em processo de discussão interna naquela Agência. Verifica-se, portanto, a existência de um vácuo regulatório no que concerne à necessidade de garantir o acesso não discriminatório de carregadores ao futuro gasoduto.

Por esta razão, aprovo a presente operação, mas determino que as requerentes submetam ao CADE os termos do previsto Contrato de Transporte a ser assinado entre o Consórcio Urucu-Porto Velho e a Petrobras, esta na qualidade de primeiro carregador, para que sejam verificadas as suas cláusulas no que diz respeito às questões concorrenciais do uso desta infraestrutura.⁵⁹⁰

É interessante destacar essa passagem final do voto, em que, após mencionar a inexistência de marco regulatório para acesso ao gasoduto, à época, o CADE destacou que seria importante a análise do contrato de transporte sob a perspectiva concorrencial.⁵⁹¹

No mesmo sentido, o Conselheiro Cleveland Prates pediu vista do referido caso, tendo solicitado à ANP que prestasse informações acerca da regulação do acesso aos gasodutos. Após recebidas cópias das minutas de resolução que estavam sendo objeto de discussão na agência reguladora naquela ocasião, o Conselheiro assim se manifestou:

“a supervisão da ANP e sua disposição em resguardar os princípios de não discriminação no transporte de gás natural são louváveis, principalmente diante da importância desse mecanismo para o desenvolvimento desse mercado no Brasil,

⁵⁹⁰ Ato de concentração 08012.005965/2002-31, Rel. Conselheiro Thompson Andrade, j. em 22.10.2003.

⁵⁹¹ A variedade de questões concorrenciais complexas levantadas pelo CADE no que se refere ao segmento de transporte de gás natural atrelada às previsões de coordenação entre CADE e ANP previstas na Lei 11.909/09 comprovam tratar-se de segmento em que prevalece a complementaridade de competências. No mesmo sentido, LOSS, Giovani Ribeiro. *A regulação setorial do gás natural*, p. 182/185.

desde a exploração até a distribuição e a comercialização. No entanto, dois pontos merecem atenção especial no tocante a riscos potenciais ao ambiente concorrencial.

Em primeiro lugar, se por um lado a determinação de tarifas atreladas a custos visa remunerar os investimentos relacionados com a construção dos dutos, por outro sua mensuração é bastante complexa e pode abrir espaço para comportamentos anticoncorrenciais. Nesse caso, os indícios de condutas anticompetitivas devem ser apresentados ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência para análise, cabendo à ANP o suporte técnico necessário para a investigação, dado o seu conhecimento e experiência no setor de gás natural.

Em segundo, na minuta sobre a tarifação do acesso ao transporte existe a menção de que a mesma deve também atender aos ‘Princípios e Objetivos da Política Energética Nacional, além da busca de competitividade e do desenvolvimento da indústria de gás natural’ (art. 4º, III). Nesse ponto pode residir um conflito entre a política setorial e o estímulo à concorrência no setor, principalmente no que diz respeito a integrações verticais na cadeia produtiva que podem ser lesivas à concorrência. Abre-se, portanto, um novo espaço para a cooperação entre o SBDC e a ANP. Assim como a ANP deve contribuir para a análise de possíveis práticas anticompetitivas nesse mercado, também os órgãos integrantes do SBDC devem contribuir com a definição de questões regulatórias, exercendo seu papel de promotor da concorrência (*competition advocacy*) em setores com especificidades tão marcantes quanto os setores regulados. A esse respeito vale lembrar o projeto de lei sobre as agências reguladoras, que busca estabelecer sua uma maior proximidade com os órgãos do SBDC.

Diante desses fatos, considero que as minutas apresentadas são necessárias para suprir o vácuo regulatório apontado pelo Conselheiro Relator em seu voto, razão pela qual entendo ser fundamental a aprovação das mesmas. Sugiro ainda que seja criado um grupo de trabalho composto por técnicos da ANP e da Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae para acompanhar possíveis condutas anticompetitivas e discutir as questões regulatórias com impacto concorrencial no mercado de gás natural”.⁵⁹²

O setor de gás natural já foi objeto de investigação por potencial abuso de posição dominante. Tal ocorreu mediante representação formulada pela SEAE à SDE, baseada em parecer da ANP, em que se acusava a TBG – operadora do Gasoduto Bolívia-Brasil (“GASBOL”), de recusa de acesso às empresas British Gas do Brasil Ltda (“BG”) e Energia do Brasil Ltda. (“Enersil”) ao GASBOL.

Sobre a atividade de transporte e distribuição de gás natural, o Conselheiro Carlos Ragazzo novamente apontou a sua característica de monopólio natural:

“as etapas de transporte e distribuição, por outro lado, não são inerentemente propícias à competição. Com efeito, o transporte e a distribuição do gás natural,

⁵⁹² Ato de concentração 08012.005965/2002-31, voto-de-vista proferido em 26.11.2003.

conforme relatado, são preponderantemente realizados por meio de malha dutoviária. Em razão dos grandes custos e escala envolvidos nesse processo, a duplicação de tal malha normalmente não é racional do ponto de vista econômico. Trata-se, reconhecidamente, de um monopólio natural, no qual os operadores atuam sem concorrentes”.⁵⁹³

Assim:

“em razão dessa característica, uma das principais questões relativas à regulação do setor diz respeito à possibilidade de acesso de terceiros à rede de transporte. A estrutura da indústria, que interliga atividades monopolistas com atividades em que há concorrência, torna necessário que se permita aos diferentes competidores ter acesso aos dutos de modo a entregar o gás ao seu destino final.

A possibilidade de o transportador monopolista também atuar nas cadeias à jusante (como carregador ou distribuidor, por exemplo) torna a regulação de acesso ainda mais relevante. Por um lado, essa integração vertical justifica-se em razão dos riscos do negócio. De fato, em face dos altos custos de investimento inerentes à atividade de transporte, o investidor monopolista procura assegurar previamente a demanda do produto, diminuindo seus riscos. A diluição dessas incertezas reflete-se em uma menor pressão sobre os preços do serviço e contribui para incentivar a continuidade de investimentos no setor. Por outro lado, tal integração vertical gera incentivos para que o fornecedor monopolista discrimine seus concorrentes nos mercados à jusante, em flagrante prejuízo ao ambiente concorrencial e aos consumidores.

A regulação de livre acesso, portanto, deve ser construída de tal modo a manter um ambiente de competição saudável nos segmentos em que isso é possível, assim contribuindo para menores preços e melhores serviços, ao mesmo tempo em que garanta um retorno aos agentes e mantenha os incentivos a investimentos no setor”.⁵⁹⁴

Este é um caso que espelha as profundas questões concorrenciais que podem surgir a partir da ausência de regulação setorial específica, e ilustra os limites de possibilidade de atuação das autoridades antitruste quando a regulação não é exaustiva.

Desde 1997, com a promulgação da Lei 9.478, o ordenamento jurídico exigia que fosse garantido o livre acesso aos dutos e terminais marítimos de petróleo e gás natural.

⁵⁹³ Processo administrativo 08012.002692/2002-73, Rel. Conselheiro Carlos Ragazzo, j. em 25.03.2009.

⁵⁹⁴ Processo administrativo 08012.002692/2002-73, Rel. Conselheiro Carlos Ragazzo, j. em 25.03.2009.

Todavia, não explicitava o preço e as condições sob os quais esse compartilhamento deveria ocorrer.⁵⁹⁵

Alguma normatização a esse respeito só veio a ocorrer em 2005, mediante atos normativos da ANP e, finalmente, em 2009, com a promulgação da Lei do Gás.

Como destaca o Conselheiro Ragazzo, no vazio normativo que se vivenciava no início dos 2000, não se encontrava resposta na legislação que “(i) indicasse como se daria o acesso, (ii) em que casos uma recusa de fornecimento poderia ou não ser justificada, (iii) o que viria a ser uma remuneração ‘adequada’, além de outros fatores relacionados”.⁵⁹⁶

Merece destaque que esses eram questionamentos que os órgãos de defesa da concorrência teriam muito mais dificuldade em responder, inclusive pelas limitações de competência do CADE, que não possui poder normativo estruturante sobre setores da economia. Isso não impediria, por outro lado, que caso tivesse restado caracterizada recusa imotivada de contratar com potencial de produzir efeitos anticompetitivos em mercados relacionados, a prática não pudesse ter sido sancionada com fulcro no art. 20 c/c art. 21, V, VI e XIII, da Lei 8884/94, que sanciona as recusas imotivadas de contratar com potencial de fechamento de mercado.

Em síntese, o setor de transporte de gás natural, apesar de ser reconhecido como um monopólio natural, pode apresentar questões concorrenciais sensíveis relacionadas a integrações verticais e a recusas de acesso à infraestrutura. No entanto, tendo em vista que se trata de um setor regulado, a atuação do CADE resta limitada aos setores não exaustivamente disciplinados pela regulação setorial.

A pesquisa realizada em julgados do CADE envolvendo o setor de gás natural retornou o seguinte cenário:

⁵⁹⁵ Trata-se do art. 58 da Lei, cuja atual redação foi dada pela Lei 11.909/09: “Art. 58. Será facultado a qualquer interessado o uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, com exceção dos terminais de Gás Natural Liquefeito - GNL, mediante remuneração adequada ao titular das instalações ou da capacidade de movimentação de gás natural, nos termos da lei e da regulamentação aplicável. § 1º A ANP fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração adequada com base em critérios previamente estabelecidos, caso não haja acordo entre as partes, cabendo-lhe também verificar se o valor acordado é compatível com o mercado”.

⁵⁹⁶ Processo administrativo 08012.002692/2002-73, Rel. Conselheiro Carlos Ragazzo, j. em 25.03.2009.

■ Total de casos julgados:	10
■ Atos de concentração – Total:	09
■ Aprovados sem restrições	09
■ Aprovados com restrições	zero
■ Reprovados	zero
■ Averiguação preliminar:	zero
■ Processos administrativos:	01 ⁵⁹⁷

⁵⁹⁷ Trata-se do processo referente ao GASBOL, que terminou por ser arquivado.

V. Diagnóstico, perspectivas e solução de conflitos entre entidades reguladoras e concorrenciais nos setores de infraestrutura

Após se ter analisado as principais decisões do CADE envolvendo setores de infraestrutura, o presente capítulo se propõe a realizar uma síntese diagnóstica – das perspectivas quantitativa e qualitativa – acerca dos entendimentos prevalentes no Conselho.

Em seguida, apresentaremos algumas perspectivas da evolução da defesa da concorrência nesses setores nos próximos anos, enfatizando (i) as profundas modificações que deverão ocorrer no controle estrutural desses mercados, tendo em vista o novo regime dos atos de concentração inaugurado pela Lei 12.529/2011; (ii) também como consequência da lei recém-aprovada, a expectativa de uma maior ênfase na advocacia da concorrência em setores regulados; e (iii) a introdução, na prática das agências reguladoras federais, da análise de impacto regulatório, que tem na promoção da concorrência um de seus objetivos.

No entanto, se apesar desses mecanismos disponíveis, ainda assim houver conflitos de entendimentos ou atribuições entre o CADE e uma agência reguladora setorial, ao final do capítulo discutiremos se há ou não um dever de deferência do CADE à normativa reguladora setorial. Verificaremos, ainda, em caso de decisões flagrantemente conflitantes tomadas por ambos, quem seria responsável para dirimir a controvérsia, enfatizando, especialmente, o papel da Advocacia-Geral da União e do Poder Judiciário nesse cenário.

5.1 Diagnóstico

Neste item abordaremos os principais resultados que advieram da análise da jurisprudência do CADE envolvendo setores de infraestrutura que possuem, em alguma etapa da sua cadeia produtiva, a falha de mercado conhecida como monopólio natural.

Primeiramente, faremos a compilação agregada dos resultados quantitativos apresentados setorialmente no capítulo anterior, o que nos permitirá retirar algumas conclusões comparativas com os dados sobre intervenções do CADE – das perspectivas

estrutural e de controle de condutas – na generalidade dos mercados, tendo por base os dados divulgados pelo Conselho, por meio do sítio da internet “CADE em Números”.

Em seguida, faremos alguns diagnósticos de índole qualitativa, comentando os principais temas identificados nos julgados do CADE envolvendo os setores de infraestrutura que foram objeto de nossa investigação.

5.1.1 Resultados quantitativos

A pesquisa analisou, ao todo, 186 casos, que se encontram assim distribuídos:

Setor	Atos de concentração		Averiguações Preliminares		Processos Administrativos	
	Aprovado sem restrições	Aprovado com restrições	Arquivada	Abertura de processo administrativo	arquivado	condenado
Distribuição de energia elétrica	27	0	0	0	0	0
Transmissão de energia elétrica	20	0	1	0	0	0
Ferrovia	10	2	0	0	1	0
Porto	27	1	1	0	1	1
Rodovia	20	2	1	0	0	0
Aeroportos	9	1	1	0	0	1
Distribuição de gás canalizado	9	0	0	0	1	0
Saneamento	12	0	0	0	0	0
Telefonia fixa	14	2	3	0	8*	0
Transporte de gás natural	9	0	0	0	1	0
Total	157	8	7	0	12	2

*Sendo 05 sujeitos à celebração de TCCs.

A primeira observação relevante, com relação à tabela acima, reside em constatar que a quantidade de atos de concentração decididos nos setores de infraestrutura suplanta, em muito, a quantidade de averiguações preliminares e processos administrativos instaurados para apurar potenciais condutas anticompetitivas. Isso significa que a feição preventiva da tutela da concorrência, pelo CADE, nos setores pesquisados, ultrapassa, em muito, a vertente repressiva. No entanto, essa é uma característica geral da tutela da concorrência no Brasil, sendo emblemático que a quantidade de atos de concentração face a todo o universo de decisões encontradas em nossa pesquisa monta a 84,4%, percentual esse muito próximo daquele observado, durante o ano 2010, para o universo geral de decisões do CADE, que foi de 89,6% de todos os casos decididos.⁵⁹⁸

Essa primeira constatação revela que não houve variação significativa do esforço dedicado pela entidade a atos de concentração e a condutas anticompetitivas – medido esse esforço em termos de percentual de casos julgados – entre os setores de infraestrutura e a generalidade dos mercados.

Tendo em vista a predominância de decisões do CADE em sede de controle estrutural, iniciamos nossa análise com os dados quantitativos envolvendo atos de concentração.

5.1.1.1 Análise dos dados quantitativos relativos a atos de concentração

Os dados da tabela acima demonstram que, no que tange a atos de concentração, de um universo de 165 casos analisados, foram impostas condições à sua aprovação em oito, o que representa 4,8% de todos os casos julgados. Este dado se apresenta ligeiramente

⁵⁹⁸ No ano de 2010, entre atos de concentração, averiguações preliminares e processos administrativos, o CADE julgou 737 casos, dos quais 660, ou seja, 89,6%, referiam-se a atos de concentração (foram julgados 660 atos de concentração, 20 processos administrativos e 57 averiguações preliminares). É preciso ressaltar que, enquanto o nosso universo temporal de análise, relativamente aos julgados envolvendo setores de infraestrutura, apresenta decisões proferidas desde 1998, os dados gerais utilizados, para fins desta comparação, são apenas os totais de decisões do CADE em 2010. Todavia, essa diferença temporal não afasta a utilidade do argumento, tendo em vista que o seu objetivo é única e exclusivamente constatar que não há diferença significativa, no que tange ao percentual sobre o total de casos julgados, entre a atuação do Conselho nos setores de infraestrutura e na generalidade dos mercados. Aliás, percentuais semelhantes aos de 2010 são encontrados nos anos que lhe precederam. Em 2009, por exemplo, de um total de 532 casos julgados entre atos de concentração, processos administrativos e averiguações preliminares, 474, isto é, 89,1%, foram atos de concentração. Em 2008, de um total de 777 casos nessas três esferas, 82,1% foram atos de concentração.

inferior à média geral de atos de concentração para os quais o CADE impõe algum tipo de restrição, que é de 6,6%.⁵⁹⁹

Esses percentuais permitem confirmar a hipótese de que o CADE estava certo ao ter adotado um entendimento de que operações de concentração em setores reconhecidos como monopólios naturais deveriam ser analisadas pela entidade, assim como são analisadas as operações ocorridas em qualquer mercado, desde que satisfaçam os critérios legais de notificação mandatória. O percentual de intervenções, em uma e outra situação, foi bastante parecido. Em nosso entender, a hipótese de que existe utilidade no controle estrutural dos setores de infraestrutura só teria sido refutada caso a quantidade de casos em que houve a imposição de alguma espécie de restrição tivesse se mostrado absolutamente residual.

As restrições impostas à aprovação de operações de concentração em mercados de infraestrutura envolveram:

- no caso de ato de concentração ocorrido no setor ferroviário, a conferência de publicidade ao preço cobrado pelo transporte, de modo a evitar-se discriminação de preços e fechamento de mercado a concorrentes em razão da integração vertical observada, já que a concessionária da ferrovia também transportaria os seus produtos por meio da ferrovia, sendo o produto transportado um mercado competitivo;⁶⁰⁰
- no caso portuário, a redução da abrangência geográfica de cláusula de não-concorrência;⁶⁰¹
- nos dois casos envolvendo concessões de rodovias, a retirada, dos contratos firmados, de cláusulas de não-concorrência, como forma de se garantir a competitividade em futuras licitações no setor;⁶⁰²
- nos casos envolvendo o setor de telefonia fixa, a determinação da publicidade de preços de acesso à rede local, como forma de se evitar discriminação entre usuários das redes de telecomunicações.⁶⁰³

⁵⁹⁹ Fonte: CADE em números: atos de concentração julgados entre janeiro de 2004 a setembro de 2011. Informação disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8cac6fb17e9c9cbe96b7>. Acesso em 29.10.2011.

⁶⁰⁰ AC 08012.005747/2006-21.

⁶⁰¹ AC 08012.014090/2007-73.

⁶⁰² AC 08012.008442/2003-28 e AC 08012.002816/2001-30.

No entanto, faz-se necessário observar que essas intervenções estão restritas aos setores relacionados à infraestrutura de transporte (ferrovia, rodovia e portos) e ao setor de telefonia fixa. Em todos os demais, não foi encontrada a imposição de qualquer restrição.

Apesar dessa ausência de intervenção efetiva nos demais setores, encontram-se em algumas passagens de votos do CADE preocupações com efeitos verticais decorrentes das operações, tais como a referência a que o fato de empresas detentoras de insumos para a construção adquirirem ativos no segmento de transmissão de energia elétrica poderia ter significância concorrencial, o que somente pôde ser afastado após a clássica análise antitruste, que permitiu concluir que os percentuais de mercado detidos, nos casos concretos, não tornavam provável o abuso de posição dominante após a operação.⁶⁰⁴

Além disso, em qualquer setor da economia, a análise de operações conglomeradas se justifica pela concentração de recursos financeiros e de poder de influência dominante – decorrentes, por exemplo, da titularidade simultânea de diversas concessões exclusivas, ainda que não se possa aludir à existência de concentração horizontal, já que dizem respeito a mercados geográficos distintos.

Nenhum dos atos de concentração analisados foi reprovado, o que, em todo caso, não se apresenta um dado relevante, haja vista que, de todo o universo de atos de concentração julgados pelo CADE entre janeiro de 2004 e setembro de 2011, em apenas 0,1% houve a determinação de reprovação/desfazimento da operação.⁶⁰⁵ Uma vez que, à luz do princípio da livre iniciativa, a recusa de uma operação deve ser a última medida a ser tomada pela entidade de defesa da concorrência, restrita àquelas hipóteses em que não haja remédio (estrutural ou comportamental) capaz de restabelecer as condições de competitividade no mercado, são pouquíssimos os casos em que o CADE ordenou o desfazimento integral de uma operação de concentração.

Em síntese, os dados compilados confirmam a hipótese inicial de que há relevância prática e efeitos concretos decorrentes da análise estrutural de atos de concentração nos setores econômicos caracterizados como monopólios naturais. A hipótese de que a concorrência seria suficientemente tutelada pelos órgãos reguladores setoriais – e que,

⁶⁰³ Por exemplo, AC 53500.012487/2007 e AC 53500.012477/2008.

⁶⁰⁴ Ver, a título ilustrativo, julgamento do AC 08012.003639/2009-26.

⁶⁰⁵ Fonte: CADE – atos de concentração julgados entre janeiro de 2004 a setembro de 2011. Informação disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8cac6fb17e9c9cbe96b7>. Acesso em 29.10.2011.

portanto, não seria necessário o controle estrutural pelo CADE nesses setores – é afastada ao se observar que, apesar da regulação em vigor, o CADE entendeu necessário, em algumas situações, introduzir ou reforçar compromissos, por parte dos requerentes, como condição para aprovar operações de concentração que lhe foram submetidas nos termos do art. 54 da Lei 8.884/94.

Adicionalmente, faz-se necessário considerar que a própria exigência legal de controle estrutural pode ter operado um efeito dissuasório de eventuais práticas concentracionistas que, ausente a legislação concorrencial e/ou a fiscalização do CADE, poderiam ter se mostrado interessantes aos agentes econômicos.

A conclusão acima, no entanto, não significa que a solução trazida pelo art. 54 da Lei 8.884/94 fosse o arranjo institucional mais eficiente para a tutela da concorrência nos setores regulados investigados neste trabalho. De fato, a análise *ex post* de concentrações era bastante criticada de modo geral, e agravada nos casos decorrentes de processos licitatórios, pois essa análise somente se operava após firmado o contrato de concessão com o poder concedente.

Por outro lado, a solução adotada pela Lei 12.529/2011, no que tange aos atos de concentração decorrentes de licitações, traz algumas preocupações que serão abordadas adiante quando comentarmos os resultados qualitativos da pesquisa empreendida e as perspectivas para os próximos anos.

5.1.1.2 Análise dos dados quantitativos acerca de condutas anticompetitivas

Relativamente às condutas anticompetitivas, a pesquisa encontrou sete averiguações preliminares, sendo que todas tiveram a decisão de arquivamento, proferida pelo Secretário de Direito Econômico, confirmada pelo CADE.

No entanto, para que se tenha uma visão mais completa da atuação do CADE em sede de condutas anticompetitivas, têm maior relevância os julgamentos dos processos administrativos, uma vez que, nesses casos, já há indícios iniciais suficientemente elevados para justificar a tramitação de um processo potencialmente sancionador, enquanto averiguações preliminares podem ser consideradas meros procedimentos preparatórios e

inquisitoriais que, muitas vezes, têm justamente a função de evitar a abertura de processos administrativos desnecessários, por ser a acusação inicial absolutamente infundada.⁶⁰⁶

Ao se analisar os processos administrativos que envolveram os setores de infraestrutura, observa-se que houve imposição de algumas medidas preventivas e, no mérito, duas condenações por práticas anticoncorrenciais. Esses dados afastam a afirmação de que não haveria relevância em se investigar a existência de condutas anticompetitivas em mercados já disciplinados por meio de regulação setorial.

Realmente, no que tange aos processos administrativos, houve 14 investigações de práticas anticompetitivas, tendo havido duas condenações, sendo uma relacionada ao cartel da ponte aérea⁶⁰⁷ e a outra relativa à cobrança da tarifa THC2, dos terminais alfandegados aos retroalfandegados, no Porto de Santos.⁶⁰⁸ Se utilizarmos apenas esse dado, a conclusão será que em apenas 14,2% dos processos administrativos investigados houve condenação do CADE, percentual esse que se apresenta inferior aos 26,5% de condenações impostas pelo CADE entre janeiro de 2000 e setembro de 2011 em geral.⁶⁰⁹

Contudo, merece destaque que, dentre as 12 representações que terminaram por ser arquivadas, cinco foram submetidas à prévia celebração de Termos de Compromisso de Cessação de Prática, o que denota que, apesar do resultado final de arquivamento, também nesses casos o CADE interveio para determinar a cessação da conduta potencialmente anticompetitiva.

Assim, quando se considera também a quantidade de total de processos suspensos – possivelmente devido à celebração de TCCs – os percentuais se invertem. Enquanto entre janeiro de 2000 e setembro de 2011 apenas 1,2% do total de casos investigados pelo CADE havia sido suspenso, nossa pesquisa, ao encontrar cinco processos encerrados por

⁶⁰⁶ Todos os casos analisados nesta tese foram julgados sob a égide da Lei 8.884/94, cujos arts. 30 e 31 dispõem: “Art. 30. A SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo. § 1º Nas averiguações preliminares, o Secretário da SDE poderá adotar quaisquer das providências previstas nos arts. 35, 35-A e 35-B, inclusive requerer esclarecimentos do representado ou de terceiros, por escrito ou pessoalmente. § 2º A representação de Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, independe de averiguações preliminares, instaurando-se desde logo o processo administrativo. § 3º As averiguações preliminares poderão correr sob sigilo, no interesse das investigações, a critério do Secretário da SDE. Art. 31. Concluídas, dentro de sessenta dias, as averiguações preliminares, o Secretário da SDE determinará a instauração do processo administrativo ou o seu arquivamento, recorrendo de ofício ao CADE neste último caso”.

⁶⁰⁷ PA 08012.006777/1999-70.

⁶⁰⁸ PA 08012.007433/1999-17.

⁶⁰⁹ Fonte: CADE em números. Dado disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8cac6fb17e9c9cbe96b8>. Acesso em 30.10.2011.

meio da celebração de TCCs, em um universo total de 14 processos administrativos, apresenta um percentual de 35,7% de casos encerrados da assunção de compromissos por parte dos investigados.

A nosso ver, para a finalidade buscada com o presente estudo, interessa-nos verificar se houve efetiva interferência do CADE sobre condutas praticadas nos setores investigados, mais do que concluir se essa intervenção deu-se por meio de uma condenação ou por uma transação firmada com o poder público que teve por efeito fazer cessar a prática investigada.

Assim sendo, parece-nos que, para os fins aqui pretendidos, o mais adequado seria somarem-se os casos de condenação aos de celebração de TCCs. Ao assim proceder, chega-se ao percentual de 50% dos casos com algum tipo de intervenção (duas condenações e cinco TCCs em um universo de 14 investigações), percentual esse que é bastante superior aos 27,8% que advêm da soma das condenações impostas pelo CADE (26,5%) com a quantidade de processos suspensos (1,2%) na generalidade dos mercados.

Em conclusão, a investigação de processos administrativos igualmente confirma a hipótese da utilidade da persecução de condutas anticompetitivas pelo CADE nos setores de infraestrutura.

Poder-se-á argumentar, no entanto, que os TCCs em tela – bastante relevantes para perfazer o percentual acima – foram celebrados, em realidade, pela ANATEL, na qualidade de órgão instrutor do processo administrativo, tendo cabido ao CADE referendá-los. Ainda assim, a nosso ver, esse fato não afasta a decisão de incluí-los na contagem acima como se tratando de situações de intervenção antitruste sobre setores de infraestrutura, pois, nos termos da Lei 9.472/97, a ANATEL realiza, no que tange a condutas anticompetitivas, uma instrução de natureza concorrencial, encaminhando o processo, em seguida, ao CADE para o julgamento.⁶¹⁰ Assim, realmente houve tutela concorrencial propriamente dita.

Além disso, o CADE realmente exerceu sua competência nessas ocasiões, pois, caso os remédios negociados pela ANATEL não lhe pareçam suficientes, o ente pode negociar outros. Merece ser comentado ainda que, nesses casos, a ANATEL tem um estímulo adicional para negociar um TCC que seja efetivamente capaz de preservar a

⁶¹⁰ Lei 9.472/96. “Art. 19. À agência compete (...): XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE”.

concorrência no mercado, incentivo esse que, em tese, poderia reduzir-se caso a entidade reguladora setorial tivesse a última palavra sobre o tema, sem possibilidade de decisão por parte da autoridade de defesa da concorrência.

Merece ser mencionado que, tal como no caso dos atos de concentração, somente foram encontradas intervenções, em sede de direito administrativo sancionador, em setores de transporte (portuário e aéreo) e de telefonia fixa. Em todos os demais, até o momento, não houve condenação no direito brasileiro.

No entanto, a nosso ver, não seria o caso de se advogar uma isenção antitruste para essas indústrias, no que tange à persecução de condutas infrativas, como sendo a melhor política pública a ser adotada, visto que existe uma série de preocupações concorrenciais que são semelhantes em todos os setores que foram objeto da nossa pesquisa, tais como fechamento de mercados e discriminação de preços. Não encontramos, em nossa análise, razões suficientes para diferenciar os setores de infraestrutura em que já houve condenação pelo CADE dos demais, que justificasse o reconhecimento de imunidade antitruste a esses entes. Aliás, algumas das indústrias que não experimentaram, até o momento, qualquer condenação pelo CADE já foram sancionadas por práticas anticoncorrenciais nos Estados Unidos, uma das fontes utilizadas nesta pesquisa a título de direito comparado, podendo ser citados os setores elétrico⁶¹¹ e de ferrovias.⁶¹²

5.1.2 Análise qualitativa das decisões

Após termos realizado a análise quantitativa das decisões encontradas como resultado da pesquisa realizada, parece-nos que algumas considerações de ordem qualitativa podem ser agora expostas, como fruto de reflexões que se originaram dos casos investigados.

⁶¹¹ Como a decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Otter Tail Power*, 410 US 366, 93 S.Ct., 1022, 35 L. Ed. 2d 359 (1973).

⁶¹² *United States v. Terminal Railroad Association*. 224 US 383, 32 S.Ct. 507, 56 L. Ed. 810 (1912)

5.1.2.1 Concorrência e monopólio natural

Uma primeira conclusão de nossa pesquisa reside em confirmar a hipótese de que a existência de um monopólio natural, em uma determinada indústria, e sua correspondente regulação setorial, não constitui razão suficiente para excluir a incidência da legislação de defesa da concorrência nem a competência da autoridade antitruste sobre esses mercados.

No Brasil, após a opção regulatória pela desverticalização dos setores operada durante a reforma do Estado da década de 90, dificilmente são encontráveis setores completamente infensos à concorrência; o mais comum é mesclarem-se, em um mesmo setor, segmentos da cadeia produtiva que são monopólios naturais e outros que se apresentam competitivos (ver, por exemplo, os casos do setor elétrico e do gás natural).

Dessa forma, a visão de que serviços públicos e monopólios estatais estariam fora da competência do CADE em razão de uma opção política anterior – a decisão constitucional ou legislativa de se retirar um mercado do regime de livre iniciativa – não nos parece acertada, pois ainda que sejam, em si, setores, em princípio, não competitivos,⁶¹³ relacionam-se verticalmente a segmentos competitivos, nos quais o exercício abusivo de posição dominante poderá ser possível (através de práticas como discriminação de preços, venda casada, *price squeeze*, etc.).

Como visto, a definição de mercado relevante, para efeitos de análise antitruste, não necessariamente segue a segmentação de mercado observada para fins regulatórios. Ilustrativo dessa realidade é o setor de transporte: enquanto a regulação é feita por modal – rodoviário, aquaviário, ferroviário – a jurisprudência do CADE reconhece a possibilidade de haver concorrência intermodal e, portanto, eventualmente de uma ferrovia integrar o mesmo mercado relevante de uma rodovia (apesar de essa não ser a regra geral, como exposto no capítulo anterior).

Assim, poderá ser um dado concorrencialmente significativo o fato de as concessões de dois modais potencialmente concorrentes serem detidas pelo mesmo grupo econômico, ainda que ambos os setores sejam regulados. Por exemplo, considere-se um caso em que a travessia entre os pontos A e B possa ser realizada por meio de uma rodovia concedida ou por uma ferrovia concedida, ambas detidas pelo mesmo grupo econômico.

⁶¹³ Merecendo ressalva o art. 16 da Lei 8.987/95.

Veja-se que, a depender da forma como são estruturalmente organizadas as entidades reguladoras setoriais, não é improvável que, de uma perspectiva eminentemente regulatória, essa situação passe despercebida ou mesmo não possa ser tutelada pelos entes setoriais. Basta que sejam distintas as entidades reguladoras de cada um desses modais, o que pode ocorrer mesmo no Brasil, caso, por hipótese, a rodovia em questão seja estadual.⁶¹⁴

Além disso, o reconhecimento de um mercado como sendo um monopólio natural resulta dos custos iniciais afundados; dos ganhos de escala que a produção, por um único agente econômico, propicia; do tamanho do mercado consumidor;⁶¹⁵ e, ainda, do estado da técnica. Isso significa que a evolução tecnológica, o adensamento populacional, dentre outras variáveis podem transmutar um monopólio natural em um mercado competitivo (como ocorreu, por exemplo, em grande parte das atividades de telecomunicações).

A partir dessas constatações pode-se afirmar que o reconhecimento de isenções antitruste setoriais, sob a justificativa de que um mercado organiza-se sob a forma de monopólio natural e, portanto, sequer pode ser propriamente considerado um “mercado” – sendo traduzido juridicamente nas figuras do serviço público ou do monopólio estatal – pode trazer o risco de se excluir do escrutínio das autoridades concorrenciais setores da economia em que, a depender da escala de uso (ex. duas rodovias paralelas) ou da concorrência intermodal (ex. rodovias e ferrovias), seria possível a presença de competição, que pode estar sendo dificultada pela concentração econômica e pela inércia do regulador.

A análise da jurisprudência do CADE permite concluir que, no Brasil, infraestruturas como rodovias, portos e aeroportos, apesar dos elevados custos relacionados à sua instalação, podem eventualmente ser duplicadas, a depender da demanda esperada. Como visto, é possível a existência de concorrência entre rodovias que liguem pontos

⁶¹⁴ Em âmbito federal, tanto as rodovias quanto as ferrovias são reguladas pela mesma entidade – a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. De todo modo, por vezes a mera separação interna de organização de uma entidade setorial pode ser suficiente para dificultar essas análises que requerem uma visão mais abrangente da dinâmica concorrencial dos mercados.

⁶¹⁵ Gregory Mankiw observa que “em alguns casos, o tamanho do mercado é um dos fatores que determina o monopólio natural. Imagine uma ponte sobre um rio. Quando a população é pequena, a ponte pode ser um monopólio natural. Uma única ponte pode atender toda a demanda por travessias do rio pelo menor custo. Contudo, quando a população cresce e a ponte fica congestionada, o atendimento de toda a demanda pode exigir a construção de várias pontes sobre o mesmo rio. Dessa forma, quando o mercado se expande, um monopólio natural pode transformar-se em um mercado competitivo”. MANKIW, Gregory. *Introdução à economia: princípios de micro e macro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p. 319.

próximos de origem e destino, assim como entre portos localizados em cidades próximas, embora, em várias ocasiões (na maioria), o CADE tenha limitado o mercado relevante a uma única rodovia ou porto.

Sendo assim, a própria aplicação do conceito de monopólio natural, para efeitos de se decidir sobre a relevância de uma análise concorrencial, depende de outras variáveis e, em algumas situações, da análise do caso concreto. Mercados que, em uma determinada localidade, caracterizam-se como monopólio natural, podem não sê-lo em outros contextos. Por exemplo, enquanto um grande centro urbano pode comportar a existência de dois ou mais aeroportos (e dos respectivos serviços aeroportuários) razoavelmente concorrentes entre si (como Galeão e Santos Dumont, no Rio de Janeiro), áreas menos povoadas ou com menor renda *per capita* poderão comportar, no máximo, um único aeroporto, o que será explicável pela teoria do monopólio natural (elevados custos fixos irrecuperáveis e economias de escala).

Adicionalmente, além das questões horizontais, encontram-se ainda referências nos julgados do CADE à possibilidade de integrações verticais, situações que podem ocasionar risco de fechamento de mercado, aumento de custos de rivais, dentre outras práticas anticompetitivas nos setores verticalmente relacionados e não excluídos do princípio da livre iniciativa.

Portanto, destaca-se a utilidade da análise concorrencial nos setores de infraestrutura, o que sugere, em uma perspectiva pró-concorrencial de política pública, que se mantenha a competência das autoridades concorrenciais tanto sob o aspecto repressivo (combate às condutas anticompetitivas) como do prisma estrutural/preventivo.

Por outro lado, deve-se buscar a inclusão de mecanismos facilitadores da interação dessas entidades com as agências reguladoras, assim como a tutela dos interesses dos administrados que atuam em setores regulados, pois esses têm seus custos acrescidos em decorrência da necessidade de relacionarem-se com duas autoridades distintas, que podem, por vezes, quando as políticas regulatória e concorrencial não estão alinhadas, emitir sinais contraditórios ao mercado. Nesse sentido, maior e mais rápida interação entre autoridades reguladoras e concorrenciais, assim como a efetiva instrução conjunta dos processos nesses casos, com a designação de servidores para implementar e desburocratizar esse processo, podem ser de grande valia.

De todo modo, não se pode desconsiderar que em alguns dos mercados pesquisados – transmissão e distribuição de energia elétrica, saneamento, transporte de gás natural por dutos – não se encontrou qualquer intervenção do CADE. Todavia, concluímos que essa realidade comprova apenas que, até a presente data, esse ente não considerou necessário intervir nesses mercados para tutelar a concorrência, mas em tese poderá fazê-lo, no futuro, à vista das considerações já anteriormente tecidas. De fato, no âmbito das condutas, a detenção de uma infraestrutura que leve o mercado a uma situação de monopólio natural pode ser o elemento necessário a viabilizar uma prática exclusionária em um mercado verticalmente relacionado. Dessa forma, o legislador não deveria utilizar *ex ante* esse critério para excluir a competência da autoridade concorrencial sobre esses setores, em matéria de atos de concentração.

As maiores controvérsias acerca da tutela da concorrência em setores caracterizados por monopólio natural referem-se à competência do CADE para conhecer e julgar operações de concentração, tema de que trataremos mais detalhadamente no próximo tópico, especialmente quando esses atos decorrem diretamente de procedimentos licitatórios.

Em todo caso, faz-se relevante repisar que não há como mensurar em até que medida o fato de ter havido uma legislação de defesa da concorrência em vigor, desde 1994, interpretada pelo CADE no sentido da sua aplicação a todos os setores da economia e, inclusive, aos arranjos empresariais formados visando à assinatura de contratos administrativos decorrentes de processos licitatórios, possa ter dissuadido práticas excessivamente concentracionistas ou de abuso de posição dominante nos setores que foram objeto de nossa análise. O resultado da pesquisa realizada, no sentido de serem poucas as intervenções observadas pelo CADE em atos de concentração nesses setores – como, de resto, são poucas as intervenções geralmente realizadas pelas autoridades de defesa da concorrência na generalidade dos mercados, pois o princípio geral é o da livre iniciativa, nele incluído as liberdades de contratar, associar-se, fundir-se e adquirir ou incorporar outras empresas (art. 170, *caput*, CF/88) – não constitui um argumento definitivo para se afastar a relevância dessa análise.

5.1.2.2 Relevância do controle estrutural de operações relacionadas a licitações públicas

Conforme amplamente comentado no capítulo anterior, à luz da Lei 8.884/94 o CADE tinha sedimentado o entendimento de que atos de concentração decorrentes de processos licitatórios, ainda que em setores de infraestrutura, deveriam ser notificados ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência sempre que a operação atendesse aos critérios do art. 54, mesmo que o setor atingido fosse considerado um monopólio natural e submetido à regulação setorial por parte de uma entidade administrativa autônoma.

Ilustrando esse entendimento vale mencionar que, em ato de concentração realizado em mercado regulado e decorrente de procedimento licitatório, o Conselheiro Relator Olavo Chinaglia considerou ser irrelevante, para efeitos do conhecimento da operação pelo CADE, ser a operação realizada “no contexto de uma política setorial de diversificação da matriz energética brasileira”, e que tal política “tenha sido concebida por outras autoridades da Administração direta ou indireta”, pois, “em um Estado Democrático de Direito, nenhuma política e nenhuma autoridade, nem mesmo o Presidente da República, tem o poder de afastar a incidência de uma lei, por mais nobre que sejam os propósitos de que estejam imbuídos”.⁶¹⁶

O relator destacou ainda que o art. 45 da Lei 8.666/93 – segundo o qual o julgamento das propostas, em uma licitação, observará estritamente os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório – não implica, por outro lado, que o licitante vencedor não tenha que adequar-se a outras restrições impostas pela legislação em vigor, como, por exemplo, as de natureza urbanística e ambiental.⁶¹⁷

Em resumo: não é porque o ente licitante adjudicou o objeto da licitação ao agente econômico que apresentou a melhor proposta, nos termos do edital, que esse poderá eximir-se de cumprir outras condicionantes legais e administrativas que incidam sobre o objeto da licitação. Nesse mesmo sentido, não é porque o licitante vencedor apresentou a melhor proposta à Administração Pública, nos termos do edital divulgado, que poderá

⁶¹⁶ Ato de concentração 08012.002535/2007-72, Requerentes Petróleo Brasileiro S.A. e Arembepe Energia S.A., j. em 12.11.2008, Conselheiro Relator Olavo Chinaglia.

⁶¹⁷ Ato de concentração 08012.002535/2007-72, Requerentes Petróleo Brasileiro S.A. e Arembepe Energia S.A., j. em 12.11.2008, Conselheiro Relator Olavo Chinaglia.

deixar de submeter-se ao crivo da entidade de direito da concorrência, caso a operação se subsuma aos ditames da lei concorrencial como sendo de notificação obrigatória, a menos que essa análise tenha sido efetivamente realizada previamente à divulgação do edital. Essa conclusão deriva de que, a depender do marco regulatório e do desenho dos editais de licitação, poderá permitir-se a criação de poder econômico.⁶¹⁸

Contra a alegação de que, no caso dos monopólios naturais, não haveria propriamente um “mercado” a ser preservado que justificasse a necessidade de controle das operações de concentração pela autoridade concorrencial, pode-se redarguir que (i) em todos os setores de infraestrutura que são titulados pelo poder público, seja como serviço público, seja como monopólio estatal, existe um meta-mercado concorrencial relacionado à competição pelo direito de exploração exclusiva; (ii) a teoria antitruste também ressalta a importância do controle das estruturas de conglomerados, isto é, de operações que envolvem mercados relevantes distintos, especialmente em razão do reforço de poder financeiro que pode ocorrer nesse contexto, e da criação de dificuldades ao ingresso dos concorrentes potenciais;⁶¹⁹ (iii) pode haver preocupações de natureza vertical, pois, caso seja o mesmo grupo econômico o vencedor de um conjunto de licitações em um mercado, pode terminar por fechar o acesso a mercados verticalmente relacionados; (iv) a exigência de “dupla aprovação” – pelas autoridades reguladora e concorrencial – enseja um sistema de freios e contrapesos que pode ser de extrema valia em cenários em que se experimente captura do órgão regulador; além de (v) ser situação bastante aceita, no direito brasileiro, que empreendimentos econômicos possam ter de submeter-se, simultaneamente, a exigências de distintos atos de consentimento para que possam efetivamente materializar-se (por exemplo, qualquer obra de maior envergadura em um setor regulado deverá exigir,

⁶¹⁸ Eventuais limitações à constituição de consórcios para participar de licitações, em razão de questões concorrenciais, poderiam estar previstas no edital de licitação como requisitos de habilitação, a partir da perspectiva da função regulatória da licitação. Por outro lado, a solução da Lei 8.884/94, no sentido de que a reunião de empresas em consórcio ou SPE com o propósito específico de participar de uma licitação e, em caso de vitória, executar o objeto licitado, constitui um ato de concentração, devendo ser aprovado pelo CADE *ex post facto*, mostrava-se uma solução ineficiente e contrária à finalidade pública que ensejou a própria deflagração do processo licitatório. A mesma ineficiência seria observada quando um mesmo agente econômico se sagra vencedor da licitação e, tendo adquirido isoladamente o direito de explorar a concessão objeto do certame, igualmente devia notificar o contrato ao CADE *ex post*, isto é, após assinado. Ver, a esse respeito, o próximo tópico deste capítulo.

⁶¹⁹ Nas palavras de Ana Maria de Oliveira Nusdeo, “apontam-se dois tipos de riscos apresentados pelas concentrações conglomeradas. Em primeiro lugar, a eliminação de concorrentes potenciais, cujo efeito é a criação de condições para a adoção de comportamento colusivo pelas empresas atuantes no mercado da empresa adquirida. O segundo tipo de preocupação diz respeito à adoção de práticas discriminatórias contra empresas não-participantes do grupo”. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 52.

ademais da aprovação do regulador setorial, pelo menos a aprovação do órgão ambiental competente e a licença de obra municipal. Se qualquer dessas licenças não for outorgada, o empreendimento não poderá ser realizado).⁶²⁰

Pode-se considerar ainda que a ausência de restrições a que um mesmo grupo econômico detenha o controle de diversas concessões em um mesmo segmento da indústria – apesar de cada concessão dizer respeito a um mercado relevante distinto – pode, em tese, reduzir o acesso do regulador à informação, já que as fontes de dados ficam restringidas, o que aumenta a chance de subversão da relação principal-agente, como decorrência do fenômeno da captura.

Adicionalmente, no contexto de mercados fortemente concentrados, além do risco colusivo que é inerente à restrita quantidade de potenciais agentes de mercado, é preciso adicionar a redução dos custos de *rent seeking*, isto é, dos gastos incorridos pelos agentes econômicos em atos tendentes a influenciar a adoção de políticas e normas favoráveis ao poder econômico, pois haverá menor custo de transação na coordenação dos interesses da indústria.⁶²¹

O reconhecimento das questões acima não significa, por outro lado, que a sistemática da Lei 8.884/94 fosse a mais adequada para tutelar os atos de concentração ocorridos nos setores de infraestrutura. Se a previsão de que a notificação poderia se dar até 15 dias úteis após a realização da operação era uma questão criticada, de forma geral, na Lei 8.884/94, maiores dificuldades ainda traziam os casos das concessões de serviços públicos, conforme passamos a comentar.

⁶²⁰ O exemplo parte da premissa, logicamente, de que o órgão que se negue a outorgar a licença ou a autorização faça-o motivadamente; do contrário, a mera negativa poderá ser reputada abusiva e ser revista, inclusive, pelo Poder Judiciário.

⁶²¹ Lucia Helena Salgado esclarece que o fenômeno de *rent seeking* decorre de que “restrições impostas pelo governo aos mercados muitas vezes geram rendas e os indivíduos competem por essas rendas. As perdas de bem-estar associadas a essas restrições são bem superiores ao efeito direto da criação da renda (pela imposição de uma tarifa comercial, por exemplo), porque há que se somar os custos incorridos pelos agentes na disputa pela renda. (...) quanto maior o nível de intervenção, devido à desconfiança no mecanismo de mercado, maior o desvio de atividade econômica em direção a atividades de *rent seeking*; desenvolve-se um ‘círculo vicioso político’”. SALGADO, Lucia Helena. *A economia política da ação antitruste*. São Paulo: Singular, 1997, p. 38.

5.1.2.3 Ineficiência do modelo de controle estrutural adotado pela Lei 8.884/94 e pela Súmula 3 do CADE relativamente às concessões

Conforme se observa de vários casos mencionados no capítulo anterior, à luz da Lei 8.884/94 o CADE sempre considerou que a outorga de direitos de exploração de serviços públicos ou atividades monopolizadas à iniciativa privada, por meio de contratos de concessão, poderia ser considerada ato de concentração.

Esse entendimento parecia até recentemente tão incontroverso que, como visto, o Conselho fez editar a Súmula 3, que esclareceu o critério interpretativo adequado para se determinar o momento de submissão dessas operações de delegação de concessões ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: quinze dias úteis contados da data de celebração do contrato de concessão.

Quanto aos critérios objetivos ensejadores do dever de notificação, esses quase sempre eram atingidos.⁶²²

No que tange ao critério legal do faturamento, dado o vulto dos investimentos necessários aos setores de infraestrutura, não é raro que participem das licitações para celebração de contratos de concessão agentes econômicos de elevado porte, de modo que a exigência de R\$ 400 milhões de faturamento, por um dos grupos participantes da operação, frequentemente era atingida.

Já com relação ao critério de percentual de participação de mercado, o qual designava que deveriam ser notificadas operações em que o agente econômico passasse a deter, pelo menos, vinte por cento do mercado relevante após a operação, é de se mencionar que esse critério era quase sempre atingido nos casos analisados nesta pesquisa.

Nos mercados caracterizados como monopólio natural, é esperado que o agente vencedor da licitação venha a deter cem por cento do mercado relevante, pois que essas atividades costumam ser licitadas em regime de concessão (de serviço público, de uso de

⁶²² Lei 8.884/94. “Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. (...)§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)”.

bem público ou industrial) exclusiva. Não foi por outra razão que a jurisprudência do CADE, em julgados envolvendo, por exemplo, o setor de concessão de rodovias, sentiu necessidade de distinguir o mercado de exploração do serviço propriamente dito (a rodovia concedida) daquele referenciado como o mercado de disputa pelo acesso ao direito de explorar a infraestrutura (meta-mercado de rodovia, envolvendo os agentes econômicos aptos a participar da licitação para disputar o direito de explorar a concessão).⁶²³

Assim, a jurisprudência até recentemente prevalecente no CADE entendia que, mesmo que o agente econômico houvesse se sagrado vencedor de uma licitação, deveria submeter seu contrato ao escrutínio das autoridades de defesa da concorrência que, em tese, poderiam impor condições para a aprovação da operação ou mesmo reprová-la.

No entanto, essa é uma solução ineficiente tanto sob a ótica do poder público quanto do setor privado.

A nosso ver, o modelo em questão se apresentava ineficiente porque, além de não solucionar as dúvidas interpretativas quanto a quais situações de desestatização efetivamente seriam consideradas operações de concentração (ver, a esse respeito, o item a seguir), na prática, supondo-se que o CADE viesse a reprovar a operação, todo o precedente processo licitatório teria de ser refeito, sendo perdidos os recursos públicos que tivessem sido gastos com referido processo e, ainda, trazendo-se graves prejuízos ao interesse público, por provocar atraso na outorga da concessão e, portanto, no início da execução do correspondente contrato administrativo.

Além disso, em sendo a análise de atos de concentração uma situação equiparada a um ato de jurisdição voluntária, o que aconteceria caso, por hipótese, as partes preferissem desfazer a operação a ter que acolher as restrições impostas pelo CADE como condição de aprovação do ato? Como regra geral, as partes podem legitimamente desistir da operação, considerando que a concentração, com as restrições impostas pela entidade concorrencial, não lhes interessa. Todavia, no caso de se tratar de um contrato de concessão, poderia essa opção dos administrados ser considerada um inadimplemento das obrigações assumidas

⁶²³ No primeiro, o mercado relevante geográfico era definido a partir dos pontos de ligação do traçado da rodovia; no segundo, o CADE vinha decidindo tratar-se de mercado nacional, porque várias empresas de engenharia constituídas de acordo com a legislação do país, independentemente do Estado em que tivessem sua sede, desde que atendessem aos requisitos de habilitação previstos no edital, estariam potencialmente aptas a participar da licitação. Dessa forma, o Conselho procurava justificar que existe um mercado, além do monopólio natural em si, que merece avaliação sob a ótica concorrencial sempre que se vislumbre um movimento de mudança de controle da entidade responsável pela gestão dessa infraestrutura.

perante o poder concedente?⁶²⁴ Nos termos da Lei 8.666/93, a recusa do licitante em assinar o contrato enseja, em princípio, a incidência de penalidades.⁶²⁵ Seria a hipótese em questão equiparável a uma recusa de assinar o contrato por culpa do administrado, ou deveria ser interpretada como um fato de terceiro (“fato da Administração”) impeditivo da execução do contrato, equivalente, portanto, às situações de caso fortuito e força maior?

Tais situações não chegaram a ocorrer na prática, mas a possibilidade teórica de sua existência demonstra a ineficiência do modelo estabelecido pelo art. 54 da Lei 8.884/94 e sua interpretação adotada a partir da edição da Súmula 3 do CADE.

5.1.2.4 Aquisições isoladas e aquisições consorciadas.

Outra decorrência de nossa investigação foi permitir-nos chegar à conclusão que, para efeitos de análise estrutural, tanto atos de aquisição isolada de controle de concessões quanto por meio de consórcios podem apresentar preocupação concorrencial.

Assim, deveria ser irrelevante a distinção entre aquisições isoladas e consorciadas para efeitos de se decidir sobre se há ou não necessidade de submissão da operação ocorrida em um setor de infraestrutura ao CADE, o que, todavia, não será o caso a partir da entrada em vigor da Lei 12.529/2011.⁶²⁶

Conforme visto no capítulo IV, no julgamento do ato de concentração 08012.004023/2009-11, o Conselheiro Olavo Chinaglia sustentou que a aquisição isolada de uma concessão, decorrente de processo licitatório, não deveria ser considerada ato de concentração, mas sim uma situação de ganho de parcela de mercado decorrente da maior

⁶²⁴ Por exemplo, suponha-se que um consórcio tenha se sagrado vencedor de uma licitação. No entanto, ao analisar a operação, o CADE considerasse ser necessário, para aprová-la, que um dos consorciados deixasse de integrar o consórcio, devendo alienar a sua participação a um terceiro ou aos demais consorciados. No entanto, sem esse parceiro, considerado estratégico, os demais consorciados não tinham interesse em executar o objeto da concessão. Em nossa pesquisa não encontramos um caso concreto em que essa situação tenha ocorrido, mas, em tese, seria possível.

⁶²⁵ Lei 8.666/93. “Art. 81. A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas”.

⁶²⁶ Conforme se esclarecerá adiante, os acordos associativos e as *joint ventures* decorrentes de processos licitatórios estão isentas de controle estrutural, por força do art. 90, parágrafo único, da Lei 12.529/2011. Por outro lado, o dispositivo legal não isenta expressamente as operações de aquisição isolada.

eficiência do agente econômico, enquadrável no art. 20, §1º da Lei 8.884/94 (e, quando da entrada em vigor da Lei 12.529/2011, no §1º do seu art. 36, mantida a mesma redação).

A tese reside em que, quem “ganha mercado” através da apresentação da melhor oferta em um processo licitatório, obtém-no porque é mais eficiente e não porque se fundiu, adquiriu ou incorporou um antigo concorrente. A situação enquadrar-se-ia mais em uma conquista de mercado decorrente da maior eficiência unilateral do agente econômico do que como uma consequência daqueles ganhos de eficiência que geralmente são associados aos processos de concentração, tais como economias de escala e escopo, redução de pessoal, racionalização da administração e logística.

Dessa forma, para essa corrente, sob a égide da Lei 8.884/94 apenas a constituição de consórcio ou sociedade de propósito específico (SPE) que venha a se sagrar vencedor(a) da licitação deveria ser notificada, já que, nesses casos, poderia sustentar-se estar a operação incluída, por analogia, na expressão “*constituição de sociedade para exercer o controle de empresas*”, prevista no §3º do art. 54 da Lei 8.884/94, inclusive porque, na maioria dos casos, os consórcios são posteriormente transformados em sociedades de propósito específico.⁶²⁷ Essa parecia ser, inclusive, a orientação da súmula 3 da jurisprudência do CADE, que se inicia com a redação “*Nos atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em determinada licitação pública...*”. Ou seja, a súmula trazia como pressuposto do dever de notificar a existência de um ato de concentração prévio ao contrato de concessão em si; por outro lado, a jurisprudência do CADE, até o referido voto do Conselheiro Chinaglia, não havia realizado expressamente referida distinção entre aquisições isoladas e aquisições consorciadas.

No entanto, segundo o Conselheiro César Mattos, o que justifica a submissão ao CADE dos contratos decorrentes de procedimentos licitatórios não seria o fato de a

⁶²⁷ Sobre a constituição de consórcios para participação em licitações, já se manifestou a SDE: “Por um lado, o consórcio pode permitir a participação de pequenas empresas em contratações que, se não fosse pela oferta em conjunto, não lhes seria possível participar, por não disporem de recursos financeiros, técnicos ou humanos suficientes se consideradas individualmente. Assim, esse tipo de consórcio permite que um maior número de propostas sejam apresentadas ao contratante público. Por outro lado, empresas com condições de participarem sozinhas da licitação podem formar consórcios com o objetivo de eliminarem a concorrência entre si, o que possui caráter nitidamente anticoncorrencial”. SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. *Guia de Análise de Denúncias sobre Possíveis Infrações Concorrenciais em Licitações e o Modelo de Declaração de Elaboração Independente de Proposta*, aprovado pela Portaria SDE 51/09. No mesmo sentido, a OCDE afirma que “a formação de consórcio em uma licitação não deve ser permitida se cada empresa no consórcio possui capacidade econômica, técnica e financeira para fornecer sozinha os produtos licitados”. OCDE. *Public Procurement: The role of competition authorities in promoting competition*. OCDE, 2007. Disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/25/48/39891049.pdf>. Acesso em 20.10.2011.

proposta vencedora e, portanto, a parte contratada pela Administração Pública ser um único agente econômico ou uma pluralidade de agentes reunidos na forma de consórcio, mas sim que, em tese, a celebração de vários contratos de concessão, a depender da estrutura regulatória do mercado, poderia ter o condão de fechar o acesso a mercados relacionados:

“a submissão de uma operação onde há consórcio justifica-se tanto quanto aquela que se refira a uma operação onde não exista consórcio. A consistência em conhecer da presente operação apenas existe se a operação na qual não haja consórcio também for conhecida pelo fato de determinado agente de mercado sagrar-se vencedor de um certame para o qual exista razoável barreira regulatória à entrada. Parece-me, antes, que subverta a racionalidade econômica conhecer de operações nas quais o poder de mercado venha a ser compartilhado com o consorciado e não se conheça daquelas nas quais o poder de mercado – valendo-me, analogamente, de expressão societária, seja totalitário.”⁶²⁸

A nosso ver, a preocupação do Conselheiro procede. Além de poder haver concentração quando empresas concorrentes se juntam em um consórcio e, de forma conjunta, ganham uma licitação, também haverá preocupação concorrencial quando um mesmo agente econômico se sagre vencedor de várias concessões em um mesmo setor (por exemplo, em áreas geográficas licitadas em separado) e, em decorrência, seja reforçada a sua posição dominante. Trata-se, muitas vezes, da tese que justifica o dever de notificação aos órgãos de defesa da concorrência de operações conglomeradas em que, apesar de as partes previamente à operação ofertarem o mesmo produto ou serviço, não há propriamente concentração horizontal, tendo em vista que ambas atuavam em mercados geográficos distintos.

⁶²⁸ AC 08012.009065/2009-30, Requerentes Águas Guariroba Ambiental Ltda., Ellobras Infraestrutura e Participações Ltda., Ellocin Brasil Participações e Consultoria Empresarial – Ellobras S.A., j. em 16.12.2009, Conselheiro Relator César Mattos. A justificativa para esse entendimento pode ser colhida na seguinte passagem: “Aliás, é interessante que a distinção que se opera entre onde há e onde não há formação de consórcio privilegia preocupação que não se relaciona com a concentração do mercado que se analisa, mas com o possível alinhamento de condutas entre os ali consorciados em outro mercado – no qual esses *players* não são consorciados. Ou seja, deixa de haver nexo causal direto entre a operação analisada e a concentração que preocupa a autoridade concorrencial. Explico: se A e B se consorciam como entrantes no mercado M e já são concorrentes no mercado K (onde não são consorciados entre si ou com qualquer outro player), a submissão da operação em M só faz sentido para apurar os efeitos de possível alinhamento no mercado K. Contudo, sempre que a operação em M preceder a operação em K (que não vem sendo de notificação obrigatória), não haverá controle de concentração que resguarde a concorrência em K” (p. 4 do voto do Conselheiro Relator).

De fato, de acordo com a teoria da captura, quanto menos forem os agentes econômicos, maior tende a ser o seu poder econômico, e de forma mais fácil poderão capturar a entidade reguladora. Dessa forma, a depender da estrutura de determinado segmento, pode haver relevância em se buscar limitar estruturalmente a quantidade de concessões a serem detidas por um determinado grupo econômico, ainda que, de fato, cada concessão constitua um mercado relevante distinto.⁶²⁹

Contudo, o Conselheiro não afirma peremptoriamente que todas as operações decorrentes de processo licitatório devam ser conhecidas pelo CADE, mas sim que, no seu entender, não há racionalidade na distinção quanto ao dever de notificação com base em se há apenas um comprador ou vários, reunidos em um consórcio ou SPE:

“A minha proposta, porém, vai de encontro a pugnar a submissão de todas as operações de participação em processos licitatórios nos quais um dos agentes tenha faturamento superior a 400 milhões de reais. A minha proposta está, sim, em questionar a razoabilidade em se conhecer de operações (i) nas quais a regulação efetivamente substitua a concorrência ou (ii) nas quais a escolha regulatória já contenha mecanismos seguros que se limitem, tão-somente, ao processo licitatório: planos de outorga que façam escolhas amigáveis à concorrência, restringindo, por exemplo, participações cruzadas). Trata-se da velha questão dos poderes amplos e profundos suscitados pela doutrina *state action*.”⁶³⁰

Caso prevalecesse a tese de isenção concorrencial para as aquisições isoladas decorrentes de licitação, ter-se-ia uma série de setores em que, na prática, muitas vezes a tutela da concorrência ficaria restrita ao aspecto repressivo.⁶³¹

No entanto, a análise da jurisprudência do CADE realizada no capítulo anterior indica em sentido contrário à isenção de análise de controle estrutural de setores regulados,

⁶²⁹ Não é por outro motivo que García-Morato e Ortiz sustentam que, em mercados em processo de transição para a concorrência, “a missão da política de concorrência não é defender uma concorrência que não existe, mas possibilitar as condições para que se desenvolva, passo a passo, alguma concorrência. (...) Logicamente, nesses períodos, dever-se-á relativizar a análise habitual baseada em participações de mercado, já que – por razões históricas – sempre se parte de uma estrutura empresarial na qual um ou vários operadores ostentam, por definição, ‘posições dominantes’, medidas por participações de mercado, segundo as definições usuais (índice HHI, etc...)”. GARCÍA-MORATO, Lucía Lopez e ORTIZ, Gaspar Ariño. *La competencia en sectores regulados*, p. 213.

⁶³⁰ AC 08012.009065/2009-30, Requerentes Águas Guariroba Ambiental Ltda., Ellobras Infraestrutura e Participações Ltda., Ellocin Brasil Participações e Consultoria Empresarial – Ellobras S.A., j. em 16.12.2009, Conselheiro Relator César Mattos.

⁶³¹ Veja-se, em todo caso, que a exceção abrangeria apenas as operações realizadas para fins de participação em licitações.

pois, em algumas ocasiões, o CADE interveio sobre operações realizadas em mercados caracterizados como concessões de serviços públicos exclusivos, fortemente regulados, para determinar, por exemplo, o dever de dar publicidade a preços ou de retirarem-se cláusulas de não-concorrência que poderiam, em tese, restringir o caráter competitivo de futuras licitações. Veja-se que essas restrições não haviam constado dos editais de licitação nem sido objeto de qualquer intervenção por parte do regulador setorial.

A feição preventiva da análise concorrencial tem por objetivo justamente evitar a formação de estruturas excessivamente concentradoras de poder econômico, que tornem provável o seu abuso no momento pós-operação, espelhando a lógica de que seria socialmente mais barato proceder a essa análise prévia do que reprimir os abusos do poder econômico, uma vez que tenham ocorrido (inclusive pela dificuldade na detecção dessas infrações e a correspondente produção de provas).

Dessa forma, qualquer mudança no sentido de se isentar um mercado ou toda uma série de atos, como os decorrentes de licitação, da análise de atos de concentração pelo CADE não deverá ser realizada sem prévio e profundo estudo de análise do impacto regulatório, para que o resultado da supressão do dever de notificação mandatória não termine por se mostrar deletério à sociedade.

Por ora, os dados coletados nesta pesquisa indicam no sentido de ser relevante a manutenção do controle de estruturas nos setores de infraestrutura caracterizados como monopólios naturais, inclusive no que tange às operações decorrentes de procedimentos licitatórios, além de ser preciso considerar o teor dissuasório da existência de norma determinando o controle estrutural desses setores.

De todo modo, a Lei 12.529/2011, apesar de não isentar setores da economia de sua incidência, imuniza os consórcios, *joint ventures* e contratos associativos realizados para fins de participação em licitação, e os contratos deles decorrentes, da análise estrutural, o que poderá vir a constituir uma preocupação em matéria de efetividade da legislação antitruste, caso medidas de advocacia da concorrência adicionais àquelas já previstas no art. 19 não venham a ser introduzidas. Esta questão será aprofundada no tópico relacionado às perspectivas para o tema, adiante neste capítulo.

5.1.2.5 Limites à atuação repressiva do CADE

Ao se tratar da relação entre regulação e defesa da concorrência, faz-se relevante indagar qual deveria ser o papel do CADE diante de atos alegadamente anticoncorrenciais realizados pelos agentes econômicos, que tenham sido praticados a partir de permissão ou imposição de normas reguladoras setoriais. Poderia o CADE rever esses atos e declará-los nulos por incompatibilidade com o princípio constitucional da livre concorrência? Poderia simplesmente ignorá-los, como se fossem normas não escritas no ordenamento?

O tema se apresenta bastante complexo. Se, de um lado, como visto, o CADE não tem competência para atuar como regulador e, portanto, deve respeitar as escolhas políticas legitimamente realizadas pelos entes setoriais; de outro, sua função de protetor do direito difuso ao funcionamento não distorcido dos mercados chegaria ao limite de lhe permitir deixar de aplicar normas legais ou setoriais, por reputá-las inconstitucionais, isto é, violadoras do art. 170, IV, da Constituição Federal? Nesse sentido, pode-se questionar se o CADE teria poderes para revisar os atos administrativos ou propor uma ação judicial visando à desconstituição de ato normativo de agência reguladora que fosse considerado anticompetitivo. Ou, ainda, se a SEAE poderia revisar esses atos administrativos ou requerer à Advocacia-Geral da União a propositura da respectiva ação judicial, se fosse o caso.

A resposta não é simples.

Em primeiro lugar, será necessário discutir se haveria, em si, uma ilicitude no ato de o Poder Legislativo ou a entidade reguladora setorial aprovar uma norma regulatória promotora de condutas anticompetitivas. Embora, por todo o já exposto neste trabalho, deva ser evitado esse tipo de normatização, por outro lado, faz-se necessário considerar que a concorrência não é um valor absoluto, mas se sopesa com os demais princípios de envergadura constitucional.

Assim sendo não haveria, *a priori*, inconstitucionalidade em uma decisão regulatória que, buscando preservar um valor juridicamente relevante, restringisse a competição em um determinado segmento, desde que o fizesse à luz dos ditames da proporcionalidade: ou seja, desde que a norma regulatória restritiva da concorrência fosse adequada, necessária e proporcional em sua restrição à preservação de outro bem jurídico constitucionalmente consagrado e tutelado pela norma regulatória. Por hipótese, seria o

caso em que uma ordenação setorial previsse a outorga da exploração econômica de uma determinada atividade a um único agente econômico, para que esse aceitasse, com a renda obtida nas fatias lucrativas do mercado, subsidiar políticas de universalização.⁶³² É o que ocorre, na prática, em vários setores considerados serviços públicos.

Nesses casos faltaria, a nosso ver, tanto ao CADE como a qualquer outra pessoa ou entidade, pública ou privada, legitimidade para insurgir-se contra essa norma e, se o fizesse, no mérito a demanda deveria ser julgada improcedente. Seriam hipóteses de isenção antitruste semelhantes àquelas que a Corte Europeia de Justiça já admitiu serem possíveis, com base no art. 106 do TFUE, para eventuais regulações restritivas da concorrência que sejam necessárias à garantia da prestação dos serviços de interesse econômico geral no âmbito dos Estados-membros.

No direito brasileiro, as escolhas políticas fundamentais em matéria regulatória são realizadas pelo legislador ordinário, quando da edição das leis que organizam os setores da economia, complementadas pelas agências reguladoras ao editarem os atos normativos que colmatam as lacunas deixadas pelo legislador. Conforme observou Roberto Pfeiffer:

“No caso concreto entendo, por exemplo, que seria vedado ao CADE determinar a substituição da norma reguladora por outras. Poderia, sim, sugerir a adoção de padrão mais concorrencial, mas não ele próprio editar uma norma reguladora em substituição àquela com a qual não concordasse.

Por outro lado, poderia sim punir os agentes regulados casos estes, a pretexto de cumprimento da norma reguladora, cometerem atos de abuso de posição dominante ou outra conduta anti-concorrencial. Porém, o simples cumprimento da norma reguladora, sem qualquer configuração de deturpação ou abusividade, não teria o condão de configurar infração contra a ordem econômica. Sendo ainda mais claro e aderente ao caso concreto: caso evidenciado que, ao executar os comandos da Resolução 33/98 da ANATEL as representadas efetivaram subsídio cruzado ou discriminação de preços resta óbvio devam ser condenadas por infração contra a ordem econômica, não lhes sendo lícito utilizar a existência de norma regulatória como ‘escudo’. No entanto, ausentes as figuras do subsídio cruzado ou da discriminação de preços ou outro artifício para efetivar o aumento do custo dos rivais, o simples fato de cobrar o preço máximo autorizado pela Resolução 33/98 da ANATEL não pode configurar, per se, infração à lei de proteção à concorrência”.⁶³³

⁶³² Logicamente, esse tipo de decisão só pode ser tomada, pelo poder público, em atividades que não sejam regidas pelo princípio da livre iniciativa, ou seja, naquelas caracterizadas como serviços públicos ou monopólio estatal.

⁶³³ Voto do Conselheiro Roberto Pfeiffer nos processos administrativos 53500.001821/2002, 53500.001823/2002 e 53500.001824/2002.

Outro, no entanto, poderia ser o posicionamento do CADE em situações de flagrante captura. Suponha-se que uma determinada norma regulatória restritiva da concorrência tenha sido aprovada em um contexto de desvio de finalidade do ato administrativo, ou que haja flagrante desproporcionalidade na sua edição – por hipótese, uma norma que, sob a alegação de promover uma universalização residual ou desprezível, criasse toda sorte de barreira à entrada, beneficiando o agente econômico incumbente.

Nesse contexto, haverá inconstitucionalidade da norma regulatória e essa poderá ser questionada, inclusive, a nosso ver, pelo CADE, uma vez que, nos termos do art. 7º, I, da Lei 8.884/94, compete ao Plenário zelar pelo cumprimento da referida lei, cabendo-lhe instruir a sua Procuradoria sobre as medidas judiciais a serem adotadas (art. 7º, XV).⁶³⁴ Veja-se, contudo, que não se está nesta passagem advogando que o CADE simplesmente desconsidere a norma regulatória ou a declare inconstitucional, mas sim que busque as vias institucionais adequadas a esse fim.

Essa interpretação coaduna-se com a visão, crescente no direito administrativo brasileiro, de que nenhum ato administrativo, nem mesmo aqueles discricionários, afasta-se do controle do Poder Judiciário, tendo em vista o princípio da supremacia da Constituição Federal. Ou seja, as decisões regulatórias tomadas pela entidade setorial, se forem comprovadamente violadoras de princípios constitucionais (não só daqueles explicitados no art. 37, *caput*, CF/88 – legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência – mas também dos princípios implícitos, como finalidade e proporcionalidade), deverão ser declaradas nulas pelo Poder Judiciário.

Questão diversa será perquirir se, ao invés de buscar, por meio do Poder Judiciário, o reconhecimento da inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma regulatória, por ofensa aos arts. 170, IV e 173, §4º, da Constituição Federal, o CADE poderia simplesmente declarar a sua inconstitucionalidade *incidentur tantum*, no curso do julgamento em sede administrativa e, passo seguinte, decidir acerca da conduta investigada sob a perspectiva concorrencial, como se a norma regulatória não existisse no ordenamento jurídico.

⁶³⁴ Na Lei 12.529/2011, previsão semelhante é encontrada no art. 9º, segundo o qual “Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: I - zelar pela observância desta Lei e seu regulamento e do regimento interno; (...) XIII - requerer à Procuradoria Federal junto ao Cade a adoção de providências administrativas e judiciais”.

A esse respeito, após mencionar que historicamente doutrina e jurisprudência majoritárias admitem que o Chefe do Poder Executivo possa deixar de aplicar norma que repute inconstitucional, Raimundo Parente de Albuquerque Junior afirma que essa possibilidade “não induz imediatamente que tal faculdade seja também extensível ao julgador administrativo”.⁶³⁵ Informa, inclusive, que lei federal veda, no âmbito do processo administrativo fiscal, que órgãos administrativos judicantes deixem de aplicar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob a alegação de que seriam inconstitucionais.⁶³⁶ Uma das principais razões para esse entendimento seria o necessário resguardo da segurança jurídica e a presunção (relativa) de constitucionalidade com que nascem as leis e os atos administrativos.

No entanto, defende o autor que “qualquer que seja a espécie de inconstitucionalidade, se institucionalizada ou manifesta, por certo haverá ela de ser reconhecida pelos órgãos administrativos de julgamento”. Nos casos em que a inconstitucionalidade ainda não esteja institucionalizada, o autor sustenta que o órgão que a declare deverá (i) fundamentar amplamente a decisão que recusar a aplicação da norma inconstitucional; (ii) notificar o Ministério Público⁶³⁷; (iii) notificar, pela via hierárquica, o presidente da República; e (iv) dar ampla publicidade, interna e externa, à decisão.⁶³⁸ Com relação às decisões do CADE, parece-nos que apenas a terceira providência não seria cabível, dada a ausência de relação hierárquica e a autonomia reforçada do ente.

Todavia, além da controvérsia inerente ao tema – pois realmente a ampla admissibilidade do afastamento, pelo CADE, da aplicação de normas administrativas que repute inconstitucionais ou ilegais, por alegada violação ao princípio da livre concorrência

⁶³⁵ ALBUQUERQUE JUNIOR, Raimundo Parente de. *Juridicidade contra legem no processo administrativo*: limites e possibilidades à luz da razoabilidade e da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 224.

⁶³⁶ Lei 11.941/2009. “Art. 25. O Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, passa a vigorar com as seguintes alterações: (...) Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade”.

⁶³⁷ “A notificação ao Ministério Público deve seguir-se imediatamente à decisão administrativa que desafiou a regência prevista em lei, para que o órgão ministerial tenha condições de atuar, na qualidade de custos legis, em instância administrativa de julgamento acessível mediante recurso, ou para que possa aforar eventual fiscalização abstrata, acaso se configure relevante proteção da ‘legalidade democrática’ ou da ‘ordem jurídica’.” ALBUQUERQUE JUNIOR, Raimundo Parente de. *Juridicidade contra legem no processo administrativo*, p. 295.

⁶³⁸ *Ob. cit.*, p. 319.

ou à Lei 8.884/94, reduz a segurança jurídica – na prática muitas vezes será discutível se está ou não presente uma flagrante violação do princípio da livre concorrência.

Conforme exposto, especialmente nas atividades que são próprias ao poder público – serviços públicos e atividades econômicas monopolizadas – não se pode deixar de reconhecer que a livre concorrência pode ser sopesada com outros princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, de igual envergadura, como a decisão política de se promover universalização mais rapidamente em um setor (tema esse atrelado, muitas vezes, ao princípio da dignidade da pessoa humana) ou, ainda, em se tomar determinadas decisões estratégicas para garantir o abastecimento de combustível em todo o território nacional. Além disso, não há hierarquia entre o CADE e as agências reguladoras.

Em nossa pesquisa não encontramos decisão do CADE que explicitamente tenha negado vigência a uma lei ou norma regulatória setorial sob a justificativa de que essa seria inconstitucional ou ilegal. Quando, a seu ver, a norma se mostrava deletéria à concorrência, a solução do CADE foi representar ao Ministério Público ou oficiar a autoridade emissora da norma solicitando que essa revisse o seu posicionamento.

Além disso, a pesquisa realizada na jurisprudência do CADE confirma que, em diversas matérias, o Conselho manifestou-se no sentido de dever respeitar a decisão regulatória, reconhecendo que certas matérias são de competência exclusiva das entidades setoriais, estando, portanto, fora da sua esfera de atribuição, tais como:

- decidir a forma como o serviço público será prestado pelo ente público titular, isto é, se será executado diretamente ou se haverá delegação; em caso positivo, se haverá apenas um delegatário, executando a atividade em caráter de exclusividade, ou se existirão vários prestadores. Não cabe ao CADE rever a quantidade de delegações determinadas pela legislação setorial ou pelo poder concedente, em um determinado setor, nem decidir se haverá ou não introdução de concorrência no serviço público;⁶³⁹

⁶³⁹ No mesmo sentido, Flavio Amaral Garcia observa: “em se tratando de serviço público compete ao Poder Público, enquanto ‘dono’ do serviço, resolver de que forma será feita a exploração, vale dizer, diretamente ou através de concessionárias, sejam estas empresas privadas ou empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas), ou se em regime de monopólio ou em regime de competição. São, evidentemente, opções de natureza política e, portanto, discricionárias”. GARCIA, Flavio Amaral. Conflito de competência entre o CADE e as agências reguladoras que atuam no campo dos serviços públicos. *Revista*

- fixar tarifas ou limites tarifários nem rever a escolha quanto ao modelo de política tarifária praticado pelo setor;⁶⁴⁰
- rever (anular, revogar ou modificar) a regulação normativa efetuada pela autoridade reguladora, seja ela federal, estadual ou municipal.⁶⁴¹

Com relação a esse último tópico, algumas ponderações merecem ser feitas.

Em primeiro lugar, conforme já exposto em outras passagens deste trabalho, faz-se necessário interpretar o art. 31 da Lei 12.529/2011 nos seus devidos termos: a lei autoriza que o CADE imponha suas decisões a pessoas jurídicas de direito público, mas não lhe confere competência para rever atos normativos e decisórios das agências reguladoras no exercício regular de suas competências legalmente atribuídas.⁶⁴² Nesse sentido, a competência do CADE para impor suas decisões a pessoas jurídicas de direito público limita-se às situações em que essas atuem como agentes econômicos, como ocorre, por vezes, com algumas autarquias que prestam serviços públicos econômicos, e às hipóteses em que a questão envolva tutela da concorrência enquanto direito difuso.⁶⁴³

Trata-se, antes de tudo, de uma questão de competência. O CADE aplica a lei concorrencial, mas essa atribuição não pode ir ao ponto de rever, por exemplo, políticas

da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2002, v. XI, p. 236.

⁶⁴⁰ Nesse aspecto, merece ser destacado que o art. 19 da Lei 12.529/2011 expressamente estabeleceu a participação da SEAE nos processos de revisão tarifária, o que não contraria o quanto aqui exposto, tendo em vista que a função da SEAE é meramente de advocacia da concorrência, sem efeitos cogentes.

⁶⁴¹ Sobre a relevância de se preservar a autonomia dos entes federativos, manifesta-se Dromi, a partir da perspectiva argentina: “a democracia federal é uma democracia dinâmica baseada em relações de complementares e de coordenação, cujas medidas operativas consistem em uma repartição estável de suas competências”. Para que seja exitosamente implementada, o autor destaca a necessidade de integração mediante a celebração de convênios e outras medidas cooperativas e de participação social. DROMI, Roberto. *Reforma del Estado y privatizaciones*. Buenos Aires: De Palma, 1991, p. 47

⁶⁴² Ver, no mesmo sentido, COELHO, Fabio Ulhoa. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 41. Previsão semelhante era encontrada no art. 15 da Lei 8.884/94.

⁶⁴³ Nesse sentido, decidiu acertadamente o CADE pelo arquivamento de uma averiguação preliminar em que uma empresa requeria ao Conselho que declarasse a ilegalidade de uma dispensa de licitação, por alegada infração à legislação de defesa da concorrência. O caso envolvia a adesão, por bancos estatais, a um convênio firmado por uma associação de bancos (ASBACE) que, por sua vez, subcontrataria uma empresa privada para realizar atividades de fornecimento e gestão de terminais de auto-atendimento. O CADE decidiu não lhe competir analisar a licitude, em si, da contratação direta em face da Lei de Licitações, ao entendimento de que sua competência em matéria de licitações somente emerge quando há indícios de práticas violadoras da Lei 8.884/94. Averiguação preliminar 08012.011189/2006-32, Conselheiro Relator Fernando Furlan, j. em 21.01.2009.

regulatórias que criem barreiras à entrada ou facilitem a colusão. Poderá, no máximo, sugerir a sua modificação⁶⁴⁴ ou, se for o caso, recorrer ao Poder Judiciário (vide tópico ao final deste capítulo).⁶⁴⁵

Por isso mesmo, à luz da Lei 8.884/94, o CADE entendia não ter competência para impor às entidades reguladoras modificação de suas decisões. Foi este o posicionamento do Plenário, por exemplo, ao julgar caso que envolvia ato normativo da Marinha do Brasil, que exigia o faturamento conjunto de diversos serviços, o que, no entender do CADE, restringia a concorrência nos mercados de prestação de cada um dos serviços. Na ocasião, o Conselheiro Relator Ruy Santacruz assim se manifestou:

“Por outro lado, concordo com o entendimento da SDE e da Procuradoria do CADE de que a Norma 12 expedida pela Diretoria de Portos e Costas do Ministério da Marinhas que prevê o faturamento conjunto da praticagem, do custo da atalaia e do custo da lancha de transporte fere frontalmente os princípios constitucionais da

⁶⁴⁴ No mesmo sentido, Alexandre Aragão: “a competência para delinear os contornos dos setores regulados e definir as suas normas gerais, inclusive mediante editais e contratos de concessão, é do regulador setorial, não podendo o CADE subverter ou inviabilizar a pauta regulatória. Em se tratando de segmento regulado, especialmente serviço público, a atuação do CADE deve ser excepcional e pontual, para reprimir eventual abuso do poder econômico, respeitado sempre o arcabouço regulatório setorial e as opções políticas legitimamente tomadas que, eventualmente, restrinjam ou até mesmo excluam a concorrência, desde que razoável e proporcionalmente em razão de algum outro valor”. Competências antitrustes e regulações setoriais, p. 42.

⁶⁴⁵ A título ilustrativo, cumpre mencionar que a Espanha apresenta uma solução interessante de análise *ex post* das normas regulatórias concorrencialmente relevantes. O item 12.3 da Lei Espanhola 15/2007, que dispõe sobre defesa da concorrência, confere à Comissão Nacional de Concorrência a atribuição para questionar dispositivos normativos que tenham aptidão para restringir a concorrência: “12.3. A CNC está legitimada para impugnar perante a jurisdição competente atos das Administrações Públicas sujeitos ao Direito administrativo e disposições gerais de nível inferior à lei, dos quais derivem obstáculos à manutenção de uma concorrência efetiva nos mercados.” De acordo com Fernando Díez Estrella, esse dispositivo legal confere à CNC poderes para questionar os principais atos administrativos relevantes em um processo de licitação pública, tais como, o edital e a adjudicação. No entanto, segundo o autor, permanece a discussão sobre quem é competente para decidir acerca de questões concorrenciais em uma licitação pública, citando como possibilidades (i) a criação de uma agência administrativa independente, (ii) a conferência dessa prerrogativa às já existentes autoridades de defesa da concorrência; e (iii) a manutenção do sistema vigente na Espanha, semelhante ao brasileiro, segundo o qual impugnações aos procedimentos licitatórios devem dar-se por meio de recursos na esfera administrativa, com a possibilidade também de petição ao Poder Judiciário. Após elencar as três possibilidades, o autor conclui que “a outorga dessa função aos órgãos de defesa da concorrência (...) evidentemente poupa ao erário público a criação de um novo ente administrativo, ao mesmo tempo em que coloca à disposição desta função todo o instrumental jurídico com o qual contam os órgãos antitruste para o controle de legalidade da contratação pública”. Sugere, ainda, que as autoridades concorrenciais poderiam investigar e resolver de ofício questões antitruste relacionadas às contratações públicas, esclarecer o teor de normas sobre contratações públicas que se mostrem concorrencialmente relevantes, assim como impor ou recomendar condutas que facilitem sua aplicação (ESTRELLA, Fernando Díez. ¿Quién aplica el derecho antitrust a la contratación pública? In TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA (coord.). *Crisis económica y política de la competencia*: III Jornadas Nacionales de Defensa de la Competencia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 213.) Vê-se, assim, que os órgãos de defesa da concorrência podem buscar nos foros apropriados o afastamento da legislação por eles reputada anticompetitiva. Este tema será detalhado ao final deste capítulo.

livre concorrência e da liberdade de iniciativa de que trata a lei 8.884/94. A norma expedida pelo poder público concede ilegalmente o monopólio dos serviços de lanchas aos práticos, negando ao consumidor desses serviços a liberdade de escolha, bem como impede a constituição de outras empresas para concorrer livremente nesse mercado. Fica evidente que uma vez que uma empresa atenda aos requisitos de segurança envolvidos no transporte de lanchas, poderá prestar tal serviço, obtendo o mercado com isso os benefícios inerentes ao processo concorrencial livre”.⁶⁴⁶

Após citar os arts. 15 e 7º, X, da Lei 8.884/94, o Conselheiro concluiu que a solução deveria ser o CADE oficiar “o Ministro da Defesa, a Secretaria da Marinha e o Diretor de Portos e Costas, requisitando a exclusão da Normam 12 da Diretoria de Portos e Costas os preceitos restritivos à concorrência, restabelecendo no mercado de serviços de lanchas, inclusive para o transporte de práticos, os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência”.⁶⁴⁷ Fica claro, assim, que o CADE entendia não ter competência para declarar inconstitucional a norma e, dessa forma, ignorar o seu conteúdo quando do julgamento, nem para declarar ilegal a conduta das representadas que obedeciam estritamente à regulação setorial estabelecida pela Normam 12.

No mesmo sentido, manifestou-se a Conselheira Lucia Helena Salgado em resposta a uma consulta em que empresas questionaram a legalidade de um decreto do Governador do Distrito Federal que limitava o desconto a ser concedido nas tarifas de táxi:

“Ainda que se trate de legislação que contrarie preceitos constitucionais, prejudicando os consumidores e influenciando as condições do mercado, não compete ao CADE o exercício de qualquer poder de constrição sobre o ente público do qual emane o ato de Estado. Goza o CADE, porém, de competência acessória para solicitar à Autoridade a adequação da norma legislativa aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, inclusive encaminhando-lhe minuta de possível diploma substitutivo, bem como para formular representação junto ao Ministério Público visando à anulação do preceito legal”.⁶⁴⁸

Deixando ainda mais claro o limite da competência do CADE, a Conselheira esclareceu que “caso não seja atendida a solicitação encaminhada ao Governador do Distrito Federal, que seja a presente consulta enviada novamente à Procuradoria do CADE

⁶⁴⁶ Processo administrativo 08000.001586/1997-74, Conselheiro Relator Ruy Santacruz, j. em 06.10.1999.

⁶⁴⁷ Processo administrativo 08000.001586/1997-74, Conselheiro Relator Ruy Santacruz, j. em 06.10.1999.

⁶⁴⁸ Consulta n. 0034/99, de 04.08.1999, Conselheira Relatora Lucia Helena Salgado.

para que se proceda à formulação de uma representação junto ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios visando ao final à anulação do Decreto”.

Portanto, na hipótese de o pedido do CADE de que a autoridade estadual (no caso, o Governador do Estado) revisse sua posição, no exercício de seu poder de autotutela, não fosse atendido, a solução seria representar ao Ministério Público para que esse propusesse demanda judicial adequada à tutela da ordem econômica.

Merece ser ainda lembrado que o CADE, sendo autarquia, possui personalidade jurídica própria e *ius postulandi*, de modo que pode ir a juízo para preservar suas competências e buscar a efetividade da Lei de Defesa da Concorrência. Por outro lado, entendemos que essa solução deva ser deixada para situações-limite. Dado ser o CADE um órgão judicante, deve resguardar sua posição de tribunal, de modo que não estaria dentro de suas competências primárias ajuizar diuturnamente ações para retirar do ordenamento jurídico normas alegadamente restritivas da concorrência. Esse papel seria mais próprio da advocacia da concorrência, função que, doravante, a partir da Lei 12.529/2011, está legalmente acometida à SEAE que, nesse sentido, deverá buscar apoio da Advocacia-Geral da União para acesso ao Poder Judiciário.

Em suma, parece-nos que, em decorrência do princípio da segurança jurídica e das limitações de sua competência outorgadas pela Lei 8.884/94 e, em breve, pela Lei 12.529/2011, o CADE não poderia simplesmente declarar administrativamente a ilegalidade ou inconstitucionalidade do ato normativo regulatório anticompetitivo, nem ignorar o seu teor em suas decisões, especialmente se o fizer com o intuito de apenar um agente econômico que tenha simplesmente observado a norma regulatória em vigor. O CADE não possui hierarquia sobre as entidades reguladoras setoriais nem competência para fazer controle da legalidade ou constitucionalidade dos seus atos.⁶⁴⁹

Por outro lado, vale mencionar que, quando condutas anticompetitivas praticadas pelos agentes econômicos advierem não de mandamentos de observância obrigatória estabelecidos em atos normativos ou decisões dos órgãos e entidades públicos, mas decorrerem de decisões privadas dos agentes econômicos, o CADE poderá – e deverá – intervir para reequilibrar as condições de mercado. Essa conclusão aplica-se também a

⁶⁴⁹ No mesmo sentido, decidiu o Conselheiro Luis Fernando Schuartz que “a competência punitiva do CADE, porém, não alcança os atos praticados por órgãos do Poder Público no exercício de seus poderes regulatórios (em sentido amplo), mesmo que prejudiciais à livre concorrência” (AP 08000.013661/97-95, j. em 13.09.2006).

situações em que a regulação setorial preveja espaços para exercício de liberdade de iniciativa para o agente econômico, e esse abuse dessa liberdade para restringir a concorrência.

Dando um exemplo ilustrativo, se um setor de infraestrutura tem sua tarifa regulada pela agência reguladora no modelo de preço-teto, a mera prática desse teto não pode ser considerada, em si, prática de preço abusivo ou aumento arbitrário de lucro. Por outro lado, o fato de a agência reguladora ter fixado o preço-teto não significa que os agentes econômicos atuantes nesse mercado possam acordar entre si que sempre praticarão o preço-teto aos clientes ou, ainda, em outra situação, que o incumbente que explore a atividade com exclusividade possa adotar práticas discriminatórias visando obter vantagem em mercado verticalmente relacionado. Há, nesse sentido, precedente no direito comunitário, em que a Comissão Europeia condenou a *Telefonica* por *price squeeze* no mercado de banda larga, apesar de, à época, o preço dessa atividade ser objeto de regulação setorial. A conclusão foi no sentido de que a *Telefonica* praticava no atacado preços que inviabilizavam um mínimo de retorno financeiro, a partir dessa atividade, por qualquer empresa tão eficiente quanto ela, e essa não era uma conduta exigida pela legislação setorial.⁶⁵⁰

5.2 Perspectivas

Após termos realizado um diagnóstico dos principais entendimentos do CADE, neste momento passamos a comentar algumas perspectivas da relação entre regulação e concorrência nos setores de infraestrutura, centrando-nos na recém-aprovada lei de defesa da concorrência, assim como em dois mecanismos de grande valia para essa interação, quais sejam, a advocacia da concorrência e a análise de impacto regulatório.

⁶⁵⁰ Na decisão COMP./38.374, de 04.07.2007, a Comissão Europeia entendeu que a *Telefonica* havia violado o art. 82 (atual art. 102) do Tratado ao praticar tarifas desproporcionais na oferta de provimento de acesso a internet via banda larga no atacado e no varejo entre setembro de 2001 e dezembro de 2006, tendo lhe sido aplicada multa de EUR 151.875.000,00. Veja-se, no mesmo sentido, o caso *Deutsche Telekom*, decidido pela Corte Europeia de Justiça e já referido no capítulo III (Caso C-280/08 P, j. em 14.10.2010).

Em 01.12.2011, foi promulgada a Lei 12.529, que promoveu profundas modificações no direito brasileiro de defesa da concorrência. Para os efeitos dessa tese, importa destacar a nova disciplina dos atos de concentração e seu impacto sobre futuros processos de desestatização, assim como a previsão legal expressa de atuação da SEAE como órgão de advocacia da concorrência.

Ainda no plano das perspectivas para os próximos anos, a decisão do governo federal de estimular a adoção de análises de impacto regulatório pelas agências reguladoras poderá constituir-se em mais um instrumento de fortalecimento da promoção da concorrência em setores regulados.

Passamos, então, a apresentar essas três perspectivas.

5.2.1 Controle de estruturas em operações de desestatização à luz da Lei 12.529/2011

Conforme mencionado anteriormente, a solução de controle estrutural dos processos de desestatização delineada pela Súmula 3 do CADE não se apresentava eficiente do prisma da proteção do interesse público, pois a competência da autoridade antitruste terminava sendo exercida apenas após a assinatura do contrato de concessão.

Dessa forma, fazia-se necessária a alteração do regime jurídico de atos de concentração decorrentes de procedimentos licitatórios, mas a solução dada pela recém-aprovada Lei 12.529/11 corre risco de não tutelar eficazmente a concorrência em processos de desestatização, pelas razões a seguir detalhadas.

A Lei 12.529/2011 modifica substancialmente a definição de atos de concentração para efeitos de notificação obrigatória ao CADE, que passa a ser uma conjugação do art. 88 com o art. 90:

“Art. 88. Serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano

anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).”

“Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I – 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II – 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV – 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do *caput*, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.”

Tendo em vista a ampla mudança do arcabouço legal decorrente da promulgação da Lei 12.529/2011, é esperado que a jurisprudência relativa ao controle de concentrações decorrentes de processos de desestatização venha a ser revista.

Em primeiro lugar, para novos empreendimentos (p. ex., licitação de novas concessões precedidas de obra pública, como uma nova rodovia ou uma nova linha de transmissão) será bastante dificultada a possibilidade de enquadramento nos critérios do art. 88, haja vista que, mesmo que o grupo econômico adquirente preencha o critério do inciso I, a operação não atenderá ao critério do inciso II, a menos que se entenda poder ser considerado “outro grupo envolvido na operação” o poder concedente, e a sua receita anual (somados os ingressos de natureza tributária e não tributária) seja equiparada a “faturamento”.⁶⁵¹

No entanto, é bastante discutível que, para efeitos desse inciso II, possa se entender que o ente público concedente (União, Estados, Distrito Federal e municípios) se enquadre no conceito de “outro grupo envolvido na operação” a que se refere o art. 88, II. Aplicar-

⁶⁵¹ As receitas públicas são classificadas de acordo com o art. 11 da Lei 4320/64, a qual “estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal”.

se-ia aqui o quanto já exposto acerca da discussão sobre a aplicação do art. 15 da Lei 8.884/94 às pessoas jurídicas de direito público. O Estado participa do contrato de concessão na qualidade de titular do serviço público ou atividade econômica monopolizada, como poder concedente, e não como mero agente econômico no mercado, embora seja necessário reconhecer que a decisão do Estado de transferir a operação de certos ativos estratégicos para a iniciativa privada seja uma típica decisão econômica, pois coloca serviços em circulação no mercado.

Além disso, ainda que se ultrapasse o óbice acima – o que poderá ocorrer caso se considere o ente público um “grupo econômico”, para efeitos de incidência da Lei, ou, ainda, quando o processo de desestatização se refira a uma concessão já em funcionamento, sendo o serviço executado pela iniciativa privada ou por uma estatal, pois nesse caso poder-se-ia sustentar que o segundo faturamento a ser levado em conta seria o da concessionária – uma segunda dificuldade precisará ser ultrapassada, consistente no art. 90, parágrafo único, da Lei.

Referida norma cria uma isenção para contratos associativos, consórcios e *joint ventures* “destinados às licitações promovidas pela Administração Pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes”.

Uma primeira interpretação possível desse dispositivo será a sustentação de que a isenção refere-se apenas a esses acordos firmados com a finalidade de participar da licitação, sob o argumento de que, na linha do que já era reconhecido anteriormente pela jurisprudência do CADE, os contratos de consórcio e demais arranjos contratuais ou societários semelhantes somente adquirem relevância concorrencial a partir do momento em que há a definição do licitante vencedor. Essa conclusão decorre do fato de que as demais composições que tenham sido formuladas especificamente para fins de participação no processo licitatório, mas que não se saírem vencedoras, são indiferentes concorrenciais, pois serão dissolvidas imediatamente após o encerramento do certame.⁶⁵²

No entanto, a redação do parágrafo único mostra-se, no mínimo, ambígua, pois faz referência expressa não apenas aos acordos “destinados às licitações”, mas também “aos

⁶⁵² Esse era, como visto, o entendimento justificador da Súmula 3 do CADE, que determinava que o prazo para notificação de ato de concentração (15 dias úteis, nos termos da Lei 8.884/94), por parte do licitante declarado vencedor, contava-se a partir da data de assinatura do contrato de concessão, deixando claro que somente esses agentes econômicos estavam obrigados à notificação.

contratos delas decorrentes”. Sendo assim, a redação abrange não apenas, por exemplo, o compromisso de constituição de consórcio, mas o contrato de consórcio propriamente dito.

À primeira vista, talvez fosse possível defender que, embora não se precise mais notificar o contrato de consórcio ou associação, face à exceção do parágrafo único do art. 90, continuaria sendo necessária a notificação do contrato de concessão, sempre que atingidos os critérios de faturamento supramencionados na novel legislação entre as partes envolvidas, sob o fundamento de que ele poderia se enquadrar no inciso II do art. 90, em um a interpretação finalística (aquisição do controle de uma “empresa”, em seu sentido objetivo, ou seja, de atividade).

Essa tese, embora defensável, encontra obstáculo tanto na dificuldade de se interpretar o contrato de concessão como sendo, em si, um ato de concentração enquadrável no art. 88, I e II c/c art. 90, *caput*, quanto na *mens legislatoris*. A exposição de motivos do projeto de lei justifica a isenção conferida pelo parágrafo único do art. 90 justamente na função de advocacia da concorrência, a ser desenvolvida pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, destacando-a como sendo o meio mais adequado para se tutelar a concorrência em contratações decorrentes de licitações públicas, ora prevista no art. 19 da Lei 12.529/2011.⁶⁵³ Se a razão para a isenção legal é que a concorrência seria melhor protegida *ex ante*, por meio da advocacia da concorrência, então realmente a finalidade da lei consiste na exclusão da intervenção da entidade concorrencial sobre os contratos resultantes de cada uma das licitações, no que tange à disciplina de atos de concentração.

Por outro lado, a hermenêutica jurídica confere maior relevância à *mens legis* do que à *mens legislatoris*,⁶⁵⁴ sendo possível argumentar que continua a ser devida a notificação de contratos de concessão (de serviços públicos, de uso de bem público ou industrial) sempre que se subsumirem aos arts. 88, I e II c/c 90, I, II ou III da nova lei.⁶⁵⁵

⁶⁵³ “Acreditamos que a forma mais eficiente de intervenção do SBDC para a checagem de eventuais problemas concorrenciais em licitações públicas seja *ex ante* dentro do próprio edital. E este controle foge ao formato convencional de análise de atos de concentração no CADE. Nesse contexto, a SEAE estaria, assim, como já o faz, naturalmente, mais bem equipada institucionalmente para um papel de advocacia da concorrência dentro dos editais deste tipo”. Parecer reformulado e proferido em Plenário em 05.10.2011, Deputado Pedro Eugênio, p. 55.

⁶⁵⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 31 e ss.

⁶⁵⁵ Veja-se que, por essa argumentação, que a nosso ver não deve prosperar, a locução “e contratos dela decorrentes” abrangeria tão-somente o contrato de constituição do consórcio ou da sociedade, mas não o contrato de concessão; portanto, nessa interpretação, o inciso IV não estaria afastado no que se refere a essa

A dificuldade, nesse caso, será interpretar que o contrato de concessão, em si, seria um ato de concentração, já que não se trata de simples avença entre dois agentes econômicos privados, tratando de interesses econômicos meramente privados, mas sim de uma relação jurídica de direito público, em que uma das partes comparece com sua posição de supremacia⁶⁵⁶ e a outra se torna delegatária de uma atividade estatal típica (prestação de serviço público ou exploração de atividade econômica monopolizada).

Por outro lado, do prisma econômico, por todas as razões já anteriormente expostas, parece ser relevante que essas operações sejam sujeitas ao escrutínio antitruste, buscando-se evitar o excesso de concentração nesses mercados. E não há dúvida de que a celebração de um contrato de concessão opera a transferência da titularidade ou, ao menos, a gestão de uma série de ativos e direitos economicamente apreciáveis e bastante valiosos, por um longo espaço temporal, o que tem relevância enquanto transação econômica.

Assim sendo, um argumento favorável ao dever de notificação dos contratos de concessão reside em se alegar que o parágrafo único do art. 90 isentou apenas as operações relacionadas no inciso IV do *caput*, mas não aquelas previstas no inciso II, que determina ocorrer ato de concentração quando “uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas”.

Dessa forma, a nosso ver, persiste a possibilidade de operações de aquisição do controle acionário de concessionárias, mesmo que decorrentes de processos de licitação, subsumirem-se ao inciso II do art. 90 que, como visto, não foi excepcionado pelo parágrafo único.

Essa interpretação resolveria a controvérsia anteriormente existente sobre se aquisições isoladas (isto é, não realizadas por consórcio ou associação de empresas) seriam atos de concentração, para efeitos da lei concorrencial, tema já foi discutido no tópico anterior. Essa constatação decorre do fato de que o inciso II, que não foi excepcionado pelo parágrafo único do art. 90, determina o dever de notificação sempre que “uma ou mais

segunda operação (a primeira seria a constituição do consórcio; a segunda seria a celebração do contrato de concessão pelo vencedor da licitação).

⁶⁵⁶ Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, “sendo a concessão um contrato administrativo, constitui característica natural do ajuste a desigualdade das partes, de modo a conferir posição de supremacia ao poder concedente”. Manual de direito administrativo, 22ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 357.

empresas” adquirirem participação societária ou ativos. Portanto, subsumem-se ao comando legal aquisições isoladas ou consorciadas, sendo certo que a norma não diferencia operações que advêm de processos licitatórios das demais.

Todavia, a prevalência desse entendimento suscitará uma questão de ordem prática, consistente na necessidade de se manter coerência entre o dever de notificação dos contratos de concessão, quando houver subsunção do ato aos ditames dos arts. 88 e 90 da Lei 12.529/2011, e o novo marco legal dos atos de concentração, tendo em vista que a nova lei aprovada institui o modelo de análise prévia das operações pelo CADE, conforme se observa no §2º do art. 88 da Lei 12.529/2011:

§ 2º O controle dos atos de concentração de que trata o *caput* deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

Caso prevaleça a tese acima, no sentido de que essas operações seguem sendo de notificação obrigatória, será necessário fixar o momento em que esses contratos deverão ser notificados, ou, ainda, reconhecer-se que, tendo em vista ser a aprovação do CADE prévia, o contrato de concessão estará necessariamente submetido a uma condição suspensiva *ex lege*, não podendo produzir efeitos até a sua implementação. Aliás, a doutrina civilista afirma que o contrato sequer se aperfeiçoa propriamente enquanto pendente de implementação a condição legal.⁶⁵⁷ Essa seria a forma de convivência possível entre o novo regime de notificação prévia e a súmula 3 do CADE.

⁶⁵⁷ Caio Mario da Silva Pereira esclarece a diferença entre as condições voluntárias e as que são impostas, de forma cogente pelo Código Civil: “A palavra condição é empregada em direito em três sentidos. No primeiro, técnico e próprio ou específico, traduz a determinação acessória, que se origina da vontade dos interessados (...). Numa segunda acepção, é tomada como requisito do negócio, e é neste sentido que aparece em expressões como estas: condição de validade do negócio jurídico, condição de capacidade para contratar, condição de forma do testamento. Não há em qualquer desses casos, em verdade, uma condição, mas um requisito do negócio jurídico. Numa terceira variação de significado, alia-se a palavra condição a um pressuposto do negócio, ou uma cláusula que ao direito acede naturalmente, e que é dele condição inseparável. É o que os autores denominam de condição legal (*conditio iuris*), a que se dá também o nome de condição imprópria, porque ainda que aposta ao negócio sob a forma condicional, implica repetir apenas a exigência da lei, não passando a declaração de vontade de pura e simples”. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*, 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2006, p. 555. Marcelo Caetano observa que, quando a condição é imposta por lei e não fruto da vontade das partes, em realidade ela se torna elemento essencial da perfeição do ato jurídico: “nos casos em que é a lei que genericamente, isto é, para todos os atos da mesma espécie, estabelece uma condição, um encargo ou um termo como fazendo parte da natureza do ato, estamos perante aspectos dos elementos essenciais que, como tais, têm de ser estudados. A condição, o modo e o termo só são elementos acessórios quando livremente adicionados pelos órgãos competentes aos

Essa conclusão, no entanto, mostra-se deveras pouco prática e mesmo, no limite, atentatória do interesse público que justificou a realização da licitação e a contratação dela decorrente, pois significaria que o contrato poderia levar ainda pelo menos até 240 dias adicionais, para ser analisado pelo CADE, após a sua celebração, antes do início de sua execução. Essa interpretação manteria as dificuldades e ineficiências que geravam críticas na sistemática da Lei 8.884/94, o que não nos parece de modo algum desejável. Como forma de mitigar esse problema, o CADE poderá regimentalmente adotar um procedimento que confira prioridade a esses casos na sua tramitação mas, ainda assim, essa não seria a solução ideal.

Além disso, a prevalência dessa tese requererá o reconhecimento de uma grave incoerência ou antinomia na Lei, pois, de um lado, ter-se-ia o inciso II a exigir a notificação das operações quando subsumidas aos critérios do art. 88, *caput* (os faturamentos) e, de outro, o art. 90, parágrafo único, da Lei 12.529/11, ao excepcionar o inciso IV, isentando desse dever as *joint ventures*, contratos associativos e consórcios estabelecidos com o fim de firmar o contrato de concessão e “os contratos deles decorrentes”.

Em nosso entender, o legislador não foi feliz na redação do art. 90, parágrafo único, não tendo posto fim às dúvidas quanto a ser ou não devida a notificação, como ato de concentração, dos contratos de concessão decorrentes de processos de desestatização, devendo o conteúdo da norma ser esclarecido mediante alteração legislativa ou com o CADE fixando, o quanto antes, qual será a sua interpretação do referido comando legal, de forma a conferir, assim, a necessária segurança jurídica a um ponto tão delicado da nova legislação.⁶⁵⁸

A nosso ver, uma forma de mitigar os eventuais efeitos negativos de um reconhecimento amplo do dever de notificação das operações decorrentes de licitações –

atos intencionais indeterminados”. CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 213.

⁶⁵⁸ O esclarecimento do CADE será de grande importância prática, pois, além de a segurança jurídica ser princípio regedor dos processos administrativos federais, a Administração Pública vincula-se à sua interpretação, de modo que mudanças de entendimento não podem ser aplicadas retroativamente, nos termos do art. 2º, parágrafo único, da Lei 9.784/99: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

basicamente a insegurança jurídica decorrente da análise antitruste casuística, após finda a licitação e firmado o contrato de concessão – seria o poder público licitante consultar *ex ante* a SEAE ou o próprio CADE, a fim de que fosse realizada uma aprovação prévia (“*clearing*”) do edital de licitação pretendido previamente à sua publicação.

Como já anteriormente mencionado, é possível colocar-se eventuais condicionantes de habilitação no edital do processo licitatório, para fins de promoção da defesa da concorrência, uma vez que pode haver uma função regulatória da licitação, isto é, a finalidade do procedimento licitatório não é apenas a escolha da proposta que permita o maior retorno financeiro ao poder público, sendo também possível densificar outros princípios constitucionais, como a concorrência, por meio da licitação.⁶⁵⁹ A melhor oferta para a Administração, finalidade primeira da licitação, não está adstrita a uma questão financeira.⁶⁶⁰

Relevante, nesse processo, será o administrador justificar objetivamente as exigências de qualificação impostas no edital, isto é, as razões pelas quais a restrição ou o condicionamento da participação de determinados agentes econômicos, naquela licitação, faz-se necessária, sob o risco de, em não ocorrendo, poder, no futuro, ser alegado que o edital foi direcionado ou frustrou-se o caráter competitivo do certame.⁶⁶¹ Conforme já

⁶⁵⁹ Marcos Juruena Villela Souto afirma “ter a licitação uma função regulatória que admite que, sem que seja violada a isonomia, sejam estabelecidas restrições à participação de licitantes que se encontrem em posição dominante no mercado. É que, como processo administrativo, deve buscar a verdade real; nesse passo, jamais a seleção da proposta vencedora resultará de um processo licitatório se o mercado está previamente dominado. Caberá ao edital, então, o papel de formatar ou recriar o mercado no qual a seleção deverá ocorrer, ainda que a função de promover a licitação e formatar o contrato não seja exercida por uma agência reguladora. Há que se cuidar do equilíbrio do mercado”. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, pp. 202/203. Essa função já foi expressamente exercitada no direito brasileiro, merecendo destaque as vedações que foram instituídas no momento inicial do programa de desestatização do serviço de telefonia fixa comutada, quando foi vedado que o mesmo grupo econômico adquirisse o controle de mais de uma concessionária de telefonia fixa.

⁶⁶⁰ O que, aliás, já fica evidente das diversas possibilidades de critérios de julgamento estabelecidas na Lei 8987/95: Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios: I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII; IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.”

⁶⁶¹ Nesse contexto, é relevante mencionar o art. 3º, §1º, I, da Lei 8.666/93, que determina: “Art. 3º. (...) § 1º É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (...)”.

exposto em vários momentos deste trabalho, deve ser de todo evitada a presença de exigências impertinentes e desnecessárias no edital, cujo efeito seja apenas o de restringir o caráter competitivo da licitação.⁶⁶²

No presente momento, tendo em vista que ainda não se encontra suficientemente instituída e operacionalizada a advocacia da concorrência em operações de desestatização desenvolvidas pelo poder público (e, portanto, a defesa da concorrência no momento da redação dos editais de licitação e elaboração das condicionantes de habilitação ao certame), entende-se que, do ponto de vista da proteção do interesse público, a isenção geral conferida pelo art. 90, parágrafo único, da Lei 12.529/2011, sem a introdução mandatória do exercício de advocacia da concorrência previamente à publicação de editais de licitação em processos de concessão, constitui uma brecha na legislação que poderá vir a se mostrar preocupante no que tange à tutela do princípio da defesa da concorrência.

De fato, apesar da promulgação da nova lei, continua a não haver, por ora, suficiente espaço institucional para promoção da advocacia da concorrência antes da realização dos procedimentos licitatórios nos mercados de infraestrutura, embora, como exposto anteriormente, sejam elevados os custos relacionados ao processo de análise *ex post* à licitação, como ocorrida no passado.

Portanto, devem ser buscados mecanismos facilitadores de uma razoável tutela do interesse privado nesses casos. Nesse sentido, poder-se-ia conferir-lhes preferência no julgamento, por meio do regimento interno; prever a redução do tempo de análise para 30 ou, no máximo, 60 dias; instituir redução ou isenção da taxa processual, visto que o agente econômico já teve custos atrelados ao processo licitatório e aos procedimentos regulatórios perante a agência competente.⁶⁶³

⁶⁶² No mesmo sentido, Eduardo Augusto Guimarães, a partir da perspectiva das concessões de rodovia, lembra que “o número de licitantes potenciais é certamente relevante, uma vez que afeta a possibilidade de coordenação e conluio no certame licitatório. A efetividade da concorrência depende, portanto, das regras de acesso a esse certame. Assim, cabe evitar que requisitos técnico e econômico-financeiros exigidos dos concessionários potenciais pela legislação vigente constituam obstáculos desnecessários à maior participação de licitantes ou criem condições favoráveis ao conluio entre estes”. GUIMARÃES, Eduardo Augusto. *Regulação no setor de transporte terrestre no Brasil*. In SHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 122.

⁶⁶³ A conferência de isenção ou redução da taxa processual requereria a aprovação de lei em sentido estrito, por se tratar de cobrança de natureza tributária. As demais sugestões, sendo de natureza processual e estando no âmbito da autolimitação dos atos administrativos do CADE dentro do espaço que lhe foi conferido pelo legislador, poderiam, a nosso ver, ser disciplinados por atos normativos da instituição.

De todo modo, fato é que o art. 19 da Lei 12.529/2011 não exige a oitiva da SEAE previamente aos processos de desestatização, que podem, em algumas situações, ser operacionalizados diretamente por meio de editais de licitação, que não se subsumem ao conceito de ato normativo. A ausência de determinação legal nesse sentido impede a constituição de um mecanismo institucional de efetiva disciplina do poder econômico nos processos de desestatização.

Ainda sobre tema, um último comentário faz-se necessário. O §7º do art. 88 da Lei 12.529/2011 permite que o CADE possa vir a requerer a notificação de operações não subsumidas ao seu *caput* no prazo de até um ano da sua realização:

“Art. 88. (...)

§ 7º É facultado ao CADE, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.”

Assim, em tese, o CADE poderia, ainda com fundamento nesse dispositivo, avocar uma operação de desestatização para ser analisada.

Essa regra, todavia, parece-nos de difícil aplicação e constitucionalidade duvidosa face ao princípio da segurança jurídica.

Se a operação não se subsume aos critérios da lei para efeitos de notificação obrigatória, a nosso ver não se pode deixar o empresário na incerteza de que, durante um ano inteiro, o CADE possa, a qualquer momento, questionar uma operação realizada. Além da dificuldade de se definir o termo *a quo* da contagem desse prazo – quando a operação estará consumada para efeitos de iniciar a contagem desse prazo? – não se pode deixar a critério de um ente administrativo, durante um ano inteiro, resolver se pretende ou não analisar uma operação para, eventualmente, impor-lhe condicionantes ou, no limite, rejeitá-la. A violação dos princípios da livre iniciativa e da segurança jurídica, em tal situação, parece evidente.

Sendo assim, embora, em uma primeira análise, o CADE pudesse utilizar-se desse expediente para conhecer de operações de concentração decorrentes de procedimentos de desestatização, não acreditamos que essa seja uma solução adequada, por tratar-se de norma de questionável constitucionalidade. Além disso, dificilmente o CADE tomará conhecimento de todas as operações que estão ocorrendo no mercado, e sendo fato que

esse ente já possui razoável quantidade de serviço, é pouco esperado que vá voltar-se a buscar analisar operações que não são, por força da própria Lei 12.529/2011, de notificação obrigatória.

Por fim, ainda no que tange ao art. 90, parágrafo único, da Lei 12.529/2011, um esclarecimento adicional faz-se necessário.

Retomando o quanto anteriormente exposto, veja-se que o artigo isenta do dever de notificação os acordos associativos, consórcios e *joint ventures* “destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes”. A interpretação mais adequada desse dispositivo, em nosso entender, é aquela que restringe a isenção legal a, no máximo, o contrato de constituição de consórcio, sociedade ou *joint venture* e o contrato de concessão firmado como decorrência direta e imediata do edital de licitação.

Caso, passados alguns anos, os sócios da concessionária decidam alienar o seu controle acionário, conforme permitido pela lei geral de concessões, desde que previamente autorizados pelo poder concedente,⁶⁶⁴ essa operação, por decorrer de mero ato volitivo das partes interessadas e não guardar relação necessária com a licitação ocorrida, não estará abrangida pela isenção do parágrafo único do art. 90. Nessas ocasiões, a decisão acerca de notificar ou não a operação dependerá de uma análise quanto ao seu enquadramento no art. 88 c/c art. 90, não se aplicando à operação pretendida a isenção prevista no parágrafo único do art. 90.

5.2.2 Relevância da advocacia da concorrência e a Lei 12.529/2011

Dadas as limitações da legislação concorrencial no que tange à tutela da concentração econômica nos setores de infraestrutura, especialmente no aspecto estrutural,

⁶⁶⁴ Lei 8.987/95. “Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão. § 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o *caput* deste artigo, o pretendente deverá: I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor. § 2º (...)”. As legislações setoriais também costumam trazer previsões semelhantes, exigindo prévia autorização do poder concedente para que possam ocorrer mudanças no bloco de controle das concessionárias.

com o advento da Lei 12.529/2011, faz-se necessário ressaltar e priorizar a função de advocacia da concorrência da SEAE junto a entidades regulatórias, com a participação dos órgãos de defesa da concorrência nas análises de impacto regulatório antes da elaboração de normas regulatórias de relevância concorrencial e antes da publicação de editais de licitação em processos de desestatização.

Conforme anteriormente exposto, o Estado, quando lança um edital de licitação, está interessado na efetiva disponibilização do serviço público à coletividade ou, ao menos, em receber recursos em contraprestação à exploração econômica de um bem público. Eventuais restrições do CADE posteriores à celebração do contrato poderão retardar o processo de delegação, com prejuízos ao poder público e à sociedade em geral.

Do prisma empresarial, sabe-se que os agentes investem vultosos recursos para participar de uma licitação em setores de infraestrutura (contratação de consultores, tempo despendido na análise do edital e na preparação dos documentos de habilitação e proposta etc.), sendo que a necessidade de aprovação da autoridade concorrencial, após findo o processo licitatório, incrementa os custos do processo e aumenta a insegurança jurídica.

Assim, idealmente, as questões concorrencialmente relevantes deveriam estar definidas no próprio edital de licitação, para cuja finalidade a implementação de processos institucionais de advocacia da concorrência será fundamental, com as autoridades reguladora e concorrencial discutindo a modelagem regulatória, do que faz parte o edital de licitação, previamente aos procedimentos públicos de licitação, de modo que, se necessário para preservar padrões de competitividade, poderiam ser definidas algumas limitações aos critérios de habilitação no certame. Conforme já apontou a UNCTAD:

“de uma perspectiva mercadológica, as autoridades de defesa da concorrência deveriam ser consultadas quando um processo de reforma regulatória estiver sendo empreendido como parte de um programa de privatização. A elas deveriam ser concedidos poderes legais para exigir medidas de desinvestimento com relação a monopólios existentes ou de controlar ou proibir fusões que reduzam as estruturas competitivas do mercado”.⁶⁶⁵

Essa sugestão vai, inclusive, ao encontro das modernas práticas divulgadas pela OCDE sobre análise de impacto regulatório (conforme detalhado adiante), em que se

⁶⁶⁵ UNCTAD. *Model law on competition*. Genebra: Nações Unidas, 2004, p. 55.

destaca a relevância de a participação da autoridade concorrencial, em um processo de desestatização, ser tempestiva.⁶⁶⁶ Essa deve ocorrer previamente ao estabelecimento do marco regulatório, pois esse é o momento em que pode ser evitada a criação de barreiras regulatórias à concorrência⁶⁶⁷, ou seja, deve preceder (i) a elaboração da lei geral do setor, (ii) a edição dos atos normativos que visem à sua densificação; e (iii) a publicação dos editais de licitação.⁶⁶⁸

O reconhecimento da função regulatória da licitação pode exigir que agentes econômicos abstenham-se de ser vencedores de sucessivas licitações (por exemplo, quando realizadas em lotes), ou que um agente econômico que já detenha diversas participações que tornem provável o reforço da posição dominante venha a participar de novo certame. Poderá, ainda, vedar ou restringir as condições para que agentes econômicos participem de forma consorciada, quando vislumbrar que a formação de consórcios não está estimulando a competitividade (ou seja, tornando possível que empresas de menor porte participem do certame), mas sim realizando uma espécie de “divisão de mercado legalizada” *ex ante*.⁶⁶⁹

Esse tipo de decisão, por outro lado, aumenta o ônus argumentativo da Administração Pública na fase interna do processo de licitação, requerendo motivação profunda da decisão administrativa, tendo em vista limitar a possibilidade de habilitação de

⁶⁶⁶ Segundo Marcelo Ramos, “via de regra, uma análise concorrencial completa da norma regulatória deve ser implementada se a proposta tiver pelo menos um dos seguintes efeitos: 1) limite o número ou a gama de ofertantes; 2) limite a capacidade dos ofertantes de competir; 3) reduza os motivos dos ofertantes em competir de maneira vigorosa”. RAMOS, Marcelo. A visão dos órgãos centrais, p. 148.

⁶⁶⁷ Tais como acordos de exclusividade, exigências de certificações, licenças e outras autorizações para começar a operar um negócio. UNCTAD. *Model law on competition*, p. 56.

⁶⁶⁸ Veja-se, a seguir, em complementação, os comentários acerca do papel a ser desenvolvido pelas entidades de defesa da concorrência no bojo das análises de impacto regulatório.

⁶⁶⁹ A lei 8.666/93 não exige que seja sempre admitida a participação em consórcio. O art. 33 é explícito nesse sentido: “Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (...)”. A Lei 8987/95 possui redação semelhante: “Art. 19. Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: I - comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelas consorciadas; II - indicação da empresa responsável pelo consórcio; III - apresentação dos documentos exigidos nos incisos V e XIII do artigo anterior, por parte de cada consorciada; IV - impedimento de participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente. (...)”. Interpretando a Lei 8.666/93, Marçal Justen Filho observa que “em regra, o consórcio não é favorecido ou incentivado pelo nosso Direito”. A conclusão do autor deriva da constatação de que “como instrumento de atuação empresarial, o consórcio pode conduzir a resultados indesejáveis”, pois “a formação de consórcios acarreta risco da dominação do mercado, através de pactos de eliminação da competição entre os empresários. No campo das licitações, a formação de consórcios poderia reduzir o universo da disputa. O consórcio poderia retratar uma composição entre eventuais interessados: em vez de estabelecerem disputa entre si, formalizariam um acordo para eliminar a competição”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2008, p. 463.

potenciais licitantes e, ainda, a liberdade de contratar dos agentes econômicos (ao vedar a consorciação). Deve ser lembrado que não é papel da autoridade reguladora proteger o pequeno concorrente (em si mesmo considerado, isto é, caso esse seja menos eficiente) nem criar dificuldades à efetiva competição na licitação, o que poderá ocorrer caso, ainda que bem intencionada, a autoridade licitante restrinja a participação de determinados agentes econômicos sem que haja verdadeira necessidade dessa limitação para que a concorrência seja preservada.

Além disso, no segundo capítulo do presente trabalho foram apresentadas algumas teorias sobre as falhas de governo. Observou-se que, por vezes, o fenômeno da captura pode fazer com que a regulação não promova o interesse público, mas seja utilizada de forma perniciosa pela indústria para criar ou manter artificiais barreiras à concorrência.

Por outro lado, nem sempre a regulação será desejada pelo poder econômico, e nem sempre a autoridade reguladora será capturada. Nesse aspecto, as autoridades de defesa da concorrência, através de seu trabalho de advocacia da concorrência, têm profundo papel a desempenhar. Dessa forma, a Lei Modelo de Defesa da Concorrência elaborada pelas Nações Unidas, por meio da UNCTAD, sugere que:

“Uma regulação econômica e administrativa realizada por órgãos do Executivo, órgãos locais auto-regulados ou órgãos que possuam uma delegação legal, especialmente quando essa regulação se relaciona com setores de infraestrutura, deveria ser submetida a um processo transparente de revisão pelas autoridades de defesa da concorrência antes da sua adoção. Isso deveria ser particularmente o caso se essa regulação limita a independência e a liberdade de ação dos agentes econômicos e/ou cria condições discriminatórias ou, ao contrário, favoráveis à atividade de determinadas firmas – públicas ou privadas – e/ou se isso resulta ou pode resultar em uma restrição da concorrência e/ou violação dos interesses de empresas e cidadãos.

Particularmente, barreiras regulatórias à concorrência incorporadas à regulação econômica e administrativa deveriam ser analisadas pelas autoridades de defesa da concorrência de uma perspectiva econômica, inclusive por razões de interesse-geral”.⁶⁷⁰

⁶⁷⁰ UNCTAD. *Model law on competition*. Genebra: Nações Unidas, 2004.

O *Department of Justice* dos EUA, em guia trazido a público em setembro de 2008,⁶⁷¹ explicita que as autoridades antitruste estão preocupadas em não deixar que artifícios regulatórios venham a ser criados com potencial de restringir a concorrência.

Nesse sentido, o DOJ destaca serem objetivos do seu programa de advocacia da concorrência: (i) eliminar regulações caras e desnecessárias; (ii) impedir o crescimento de novas regulações desnecessárias; (iii) minimizar distorções competitivas onde regulação seja necessária, mediante a defesa de formas menos anticompetitivas de regulação que sejam simultaneamente consistentes com objetivos regulatórios válidos; e (iv) assegurar-se de que a regulação seja desenhada de forma adequada para atingir objetivos regulatórios legítimos e inibir ao mínimo as forças competitivas do mercado.

A divisão antitruste desse órgão desenvolveu um questionário para que se possam avaliar os custos ou desvantagens associados à regulação de um mercado, ao invés de deixá-lo funcionar a partir apenas da liberdade de concorrência. São eles:

- Quais são os custos ou desvantagens da livre concorrência no mercado ou indústria em questão?
- Se o esquema regulatório já estiver vigorando, ele conseguiu atingir os seus objetivos? E, além disso, as condições sociais e econômicas subjacentes que justificaram uma interferência regulatória sobre o mercado ainda existem?
- Quais são os custos e os benefícios associados ao esquema regulatório existente ou proposto?
- Se a regulação existente vier a ser eliminada, quais são os elementos necessários para uma transição de um mercado regulado para um mercado competitivo não-regulado?
- Se a regulação é apropriada, o esquema regulatório particularmente em questão está devidamente desenhado para atingir os seus objetivos?

⁶⁷¹ US DEPARTMENT OF JUSTICE. *Antitrust division manual*. DOJ, 2008, capítulo 5 – “*Competition advocacy*”.

Com a lista de perguntas acima o DOJ visa apresentar um roteiro para a discussão sobre em que momento deve a regulação substituir a concorrência ou, visto sob o prisma oposto, a partir de que momento uma regulação excessivamente interventiva passa a ser restritiva – ao invés de promotora – do bem-estar social.

Não se pode deixar de mencionar que, tendo em vista as preocupações da Teoria da Regulação Econômica, existe a possibilidade de haver cenários nos quais, fruto de um fenômeno de captura, a regulação, sob a roupagem de serviço público, esteja impedindo o desenvolvimento de mercados potencialmente competitivos.⁶⁷²

Embora não seja necessário que o serviço público seja prestado em regime de exclusividade, sabe-se que muitas vezes essas são características que caminham juntas, justamente em razão de se estar na presença de um monopólio natural. De outro lado, a insistência em se manter a disciplina clássica dos serviços públicos sobre um determinado mercado, quando razões de natureza técnica e econômica não mais exijam essa conformação, pode ser resultado do uso da regulação para manutenção e reforço dos interesses da indústria.

Nesse aspecto, a adoção de mecanismos institucionais de consultas recíprocas pode se mostrar um importante fator na repressão a práticas anticompetitivas observadas em setores regulados.⁶⁷³ As consultas e audiências públicas representam espaços de discussão

⁶⁷² Interessante discussão foi travada na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 46, em que o Supremo Tribunal Federal interpretou a Lei 6.538/78, à luz da Constituição Federal, tendo decidido pela recepção, pela Constituição de 1988, da prestação do serviço postal como serviço público exclusivo da União Federal, executado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Defendendo que o setor deveria ser interpretado como estando aberto à iniciativa privada e em regime de competição (e, portanto, não recepcionada, pela Constituição Federal, a lei que previa o seu exercício, em regime de monopólio, pela ECT), veja-se voto vencido do Ministro Marco Aurélio Mello. O Tribunal, por maioria, terminou reconhecendo ser o serviço postal um serviço público e, portanto, retirado do âmbito de incidência do princípio da livre iniciativa, podendo o legislador disciplinar a sua prestação em um regime de exclusividade, em atenção aos princípios de universalidade, regularidade, modicidade tarifária, dentre outros que, no direito brasileiro, integram a definição legal de serviço público adequado (art. 175, parágrafo único, IV, CF/88 c/c 7º, Lei 8987/95).

⁶⁷³ Em Portugal, por exemplo, a Lei 18/2003 – a lei de concorrência portuguesa determinou, em matéria de repressão a ilícitos anticompetitivos: “Artigo 29. Articulação com autoridades reguladoras setoriais. 1 — Sempre que a Autoridade tome conhecimento, nos termos previstos no artigo 24º da presente lei, de fatos ocorridos num domínio submetido a regulação setorial e susceptíveis de serem qualificados como práticas restritivas da concorrência, dá imediato conhecimento dos mesmos à autoridade reguladora setorial competente em razão da matéria, para que esta se pronuncie num prazo razoável fixado pela Autoridade. 2 — Sempre que, no âmbito das respectivas atribuições e sem prejuízo do disposto no n. 2 do artigo 24º, uma autoridade reguladora setorial apreciar, oficiosamente ou a pedido de entidades reguladas, questões que possam configurar uma violação do disposto na presente lei, deve dar imediato conhecimento do processo à Autoridade, bem como dos respectivos elementos essenciais. 3 — Nos casos previstos nos números anteriores a Autoridade pode, por decisão fundamentada, sobrestar na sua decisão de instaurar ou de prosseguir um inquérito ou um processo, durante o prazo que considere adequado. 4 — Antes da adoção da

democrática, em que se busca reduzir a alegação de déficit democrático que não raro é atribuído às agências reguladoras.⁶⁷⁴ Não é por outro motivo que Maria Paula Dallari Bucci observa que “o sucesso da política pública, qualquer que seja ela, está relacionado com essa qualidade do processo administrativo que precede a sua realização e que a implementa”.⁶⁷⁵

No direito brasileiro, caminhou-se para uma solução de compromisso entre as funções reguladoras e de defesa da concorrência, mediante a adoção mandatória do instituto da consulta, às entidades concorrenciais, previamente à edição de atos normativos das autoridades reguladoras. Essa é a determinação do art. 19 da Lei 12.529/2011:⁶⁷⁶

“Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte:

I – opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas;

decisão final a autoridade reguladora setorial dá conhecimento do projeto da mesma à Autoridade, para que esta se pronuncie num prazo razoável por aquela fixado”. Em matéria de concentrações ocorridas em setores regulados, ver o art. 39: “Artigo 39. Articulação com autoridades reguladoras setoriais: 1 — Sempre que uma operação de concentração de empresas tenha incidência num mercado objeto de regulação setorial, a Autoridade da Concorrência, antes de tomar uma decisão ao abrigo do n.º 1 do artigo 35º ou do n.º 1 do artigo 37º, consoante os casos, solicita que a respectiva autoridade reguladora se pronuncie, num prazo razoável fixado pela Autoridade. 2 — O disposto no número anterior não prejudica o exercício pelas autoridades reguladoras setoriais dos poderes que, no quadro das suas atribuições específicas, lhes sejam legalmente conferidos relativamente à operação de concentração em causa”.

⁶⁷⁴ A questão do déficit democrático das agências reguladoras e a sub-representatividade de determinados setores, em especial do segmento dos usuários/consumidores é destacada em MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006, p. 267.

⁶⁷⁵ A autora comenta, em seguida, que “as informações sobre a realidade a transformar, a capacitação técnica e a vinculação profissional dos servidores públicos, a disciplina dos serviços públicos, enfim, a solução dos problemas inseridos no processo administrativo, com o sentido lato emprestado à expressão pelo direito americano, determinarão, no plano concreto, os resultados da política pública como instrumento de desenvolvimento”. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 269.

⁶⁷⁶ Sobre as atividades desempenhadas pela SEAE no âmbito da advocacia da concorrência, nos últimos anos, ver Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. Paris: OCDE/IDB, 2010, p. 78 a 80. Algumas considerações acerca da relevância da advocacia da concorrência no direito comparado, especialmente nos Estados Unidos, Inglaterra e México, são trabalhadas em RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Análise econômica da regulação: o papel da advocacia da concorrência*. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, janeiro de 2007. Disponível em http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=carlos_ragazzo. Acesso em dezembro de 2011.

- II - opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;
- III – opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;
- IV - elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo CADE, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo;
- V - elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento;
- VI - propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País;
- VII - manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos;
- VIII – encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo.”

A implementação dessas determinações legais poderá ser de grande valia na redução do risco de aprovação de normas que criem ou reforcem barreiras artificiais à entrada, propiciem o fechamento dos mercados ou permitam o surgimento de outras consequências anticoncorrenciais.⁶⁷⁷

Em suma, os setores de infraestrutura poderão beneficiar-se, em muito, de processos institucionalizados de advocacia da concorrência junto aos setores regulados. O novo arcabouço institucional, inaugurado pela Lei 12.529/2011, teve o cuidado de separar o órgão que fará a advocacia da concorrência do ente julgador, na medida em que não a mencionou dentre as atribuições do CADE. Trata-se de uma opção política que, de um lado, mostra-se positiva, pois separa a advocacia da concorrência e a função judicante em órgãos distintos.⁶⁷⁸ De outro lado, não se pode deixar de comentar que o fato de a SEAE

⁶⁷⁷ O Projeto de Lei 3337/04, que pretende instituir normas gerais de governança para as agências reguladoras federais, também constitui importante passo nesse sentido, pois, se vier a ser aprovado, introduzirá no ordenamento jurídico nacional a previsão de necessárias comunicações entre as agências reguladoras e o CADE, prevendo os momentos e os prazos em que devam ocorrer.

⁶⁷⁸ Nesse sentido, lembram Amato e Laudati que “as pessoas geralmente se ressentem de que a mesma instituição faça coisas demais. Uma opinião por parte da autoridade de defesa da concorrência sobre uma questão legislativa pode ser vista como uma interferência de outras partes do governo. [A questão] entra na área política e se torna parte do jogo. Da mesma forma, pode manchar a reputação de independência da autoridade de defesa da concorrência”. LAUDATI, Laraine; AMATO, Giuliano (ed.). *The anticompetitive*

não ser uma entidade autônoma poderia, em tese, reduzir-lhe as possibilidades de atuação, em um cenário no qual a defesa da concorrência não esteja na pauta prioritária de um determinado governo para um ou mais setores da economia.

Também no que tange aos processos judiciais que impliquem decisões sobre matéria eminentemente concorrencial, tem-se considerado que o instituto do *amicus curiae* pode vir a ser um relevante instrumento de advocacia da concorrência entre a autoridade concorrencial e o Poder Judiciário.⁶⁷⁹ Faz-se necessário, no entanto, distinguir as situações em que o órgão concorrencial seja efetivamente “amigo da Corte”, isto é, um colaborador imparcial do juiz para melhor solução da lide, dos casos em que ele esteja diretamente interessado na demanda, o que ocorrerá quando o processo judicial discutir, direta ou incidentalmente, a legalidade ou constitucionalidade de uma decisão ou norma do Conselho, por exemplo.⁶⁸⁰ Haverá ainda casos em que, pendentes de julgamento no próprio CADE, a entidade não deva se manifestar em juízo, para que não reste caracterizado prejulgamento da discussão que esteja ocorrendo na esfera administrativa.

Por fim, outro ponto inovador, mas potencialmente conflituoso, no que tange ao tema da advocacia da concorrência, reside na previsão, instaurada pelo art. 19 da Lei 12.529/2011, de que a SEAE poderá ser ouvida em pedidos de revisão tarifária (inc. I). Trata-se de medida louvável no sentido de que o órgão tem historicamente experiência na análise de questões econômicas, inclusive setoriais, de mercado, mas se deve cuidar para que essa manifestação se dê de forma tempestiva, de modo a não atrasar ainda mais o desfecho dos sempre complexos processos de revisão tarifária.

impact of regulation. Cheltenham: Edward Elgar, 2001, p. xxiii. Nesse aspecto, a outorga da competência de advocacia da concorrência à SEAE, e não ao CADE, resguarda a imparcialidade desse último.

⁶⁷⁹ Conforme sugerido por Eduardo Ferreira Jordão, *Restrições regulatórias à concorrência*, p. 133.

⁶⁸⁰ Considere-se, nesse sentido, uma ação judicial de reparação civil de danos em que o autor da ação requeira perdas e danos de um agente econômico condenado pelo CADE por formação de cartel. Em sua defesa o agente econômico poderá alegar que o cartel não ocorreu e que a decisão do CADE é inválida (alegando, por hipótese, algum vício no processo ou na decisão). Ora, nesse caso, o CADE possivelmente desejará intervir no processo para preservar a legalidade da sua decisão, ainda que não seja inicialmente parte na demanda.

5.2.3 Análise de Impacto Regulatório e promoção da concorrência nos setores de infraestrutura

O instituto da análise de impacto regulatório (“AIR”) relaciona-se ao objetivo de evitar a adoção de políticas públicas cujos custos superem os benefícios sociais esperados.

A AIR constitui um mecanismo poderoso de auxílio na tomada de decisão, por parte dos reguladores, que deve ser utilizado quando se estiver discutindo a necessidade de se adotar ou não determinada regulação (seja em âmbito legislativo, seja em sede administrativa) de elevada relevância social, o que geralmente é mensurado em termos de um valor expresso em moeda corrente⁶⁸¹ ou pela quantidade potencial de pessoas afetadas pelo ato a ser praticado.

O objetivo da AIR consiste em oferecer múltiplas alternativas regulatórias ao tomador da decisão, todas precedidas de uma análise de custos, benefícios e efetividade, em termos econômicos, sociais e ambientais. Ao se considerar, *ex ante*, os impactos das políticas públicas, por meio de um procedimento administrativo, busca-se evitar a tomada de decisões equivocadas, cujos custos sociais terminem por suplantam os benefícios esperados ou, ainda, cujos efeitos venham a se mostrar contrários ao interesse público que se pretendia originalmente tutelar:

“a AIR é uma ferramenta regulatória que examina e avalia os prováveis benefícios, custos e efeitos das regulações novas ou alteradas. Ela oferece aos tomadores de decisão dados empíricos valiosos e uma estrutura abrangente na qual eles podem avaliar suas opções e as consequências que suas decisões podem ter. Um escasso entendimento dos problemas em questão ou dos efeitos indiretos da ação governamental pode debilitar os incentivos regulatórios e resultar em falha regulatória. A AIR é utilizada para definir problemas e garantir que a ação governamental seja justificada e apropriada.”⁶⁸²

⁶⁸¹ Nos Estados Unidos, por exemplo, devem ser submetidas á prévia AIR, dentre outras, decisões cuja implementação possa ter um impacto superior a US\$ 100 milhões, conforme Executive Order 12866, de 30.09.1993.

⁶⁸² OCDE. *Relatório sobre a reforma regulatória – Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento*. Disponível em <http://www.seae.fazenda.gov.br/destaque/brasil-fortalecendo-a-governanca-para-o-crescimento-final.pdf/view?searchterm>. Acesso em 30.03.2010, p. 62.

Em igual sentido, a Comissão Europeia aponta que a “análise de impacto é um conjunto de etapas lógicas para auxiliá-lo a preparar propostas de políticas”, ou seja, “é um processo que prepara provas para os tomadores de decisões políticas acerca das vantagens e desvantagens de possíveis opções políticas por meio da análise dos seus impactos potenciais”.⁶⁸³ O resultado da AIR é um relatório final de caráter orientador, não-vinculante, ao órgão competente para a tomada de decisão.

A partir dessa perspectiva de se evitar a criação de barreiras regulatórias à concorrência e, conseqüentemente, desperdiçarem-se os escassos recursos sociais, o Brasil vem, na esteira dos países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, buscando adotar a realização de AIR previamente à implantação de novas políticas públicas e à edição de novos atos normativos.

Nesse sentido, o Decreto 6062/07 instituiu o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação - PRO-REG, no âmbito do qual está sendo considerada a adoção de AIR em sede federal.⁶⁸⁴

Ocorre que, embora na teoria inquestionável – pois ninguém advogará contra a importância de serem evitadas políticas públicas cujos custos suplantem seus benefícios – na prática a questão se apresenta bem mais complexa, já que a medição de custos e benefícios é, em si, uma dificuldade, além de ser questionável se todos os benefícios advindos da adoção de uma determinada política pública podem ser mensurados objetivamente e traduzidos em números.⁶⁸⁵

⁶⁸³ COMISSÃO EUROPEIA. *Impact Assessment Guidelines*. Disponível em <http://ec.europa.eu/governance/impact/consultation/ia_consultation_en.htm>. Acesso em abril de 2010, p. 4.

⁶⁸⁴ “Em 2010, as ações do Programa focaram, em especial, a implementação da AIR. Para tanto foram realizadas apresentações de sensibilização junto ao corpo dirigente das agências reguladoras. Foi constituído um grupo de técnicos — composto por, aproximadamente, 90 servidores de agências reguladoras e ministérios — para os quais foi ofertada capacitação em pontos chave da AIR”. Fonte: www.regulacao.gov.br. Acesso em novembro de 2011. De acordo com o art. 2º do Decreto 6062/07, são objetivos do PRO-REG: “Art. 2º O PRO-REG deverá contemplar a formulação e implementação de medidas integradas que objetivem: I - fortalecer o sistema regulatório de modo a facilitar o pleno exercício de funções por parte de todos os atores; II - fortalecer a capacidade de formulação e análise de políticas públicas em setores regulados; III - a melhoria da coordenação e do alinhamento estratégico entre políticas setoriais e processo regulatório; IV - o fortalecimento da autonomia, transparência e desempenho das agências reguladoras; e V - o desenvolvimento e aperfeiçoamento de mecanismos para o exercício do controle social e transparência no âmbito do processo regulatório”.

⁶⁸⁵ Além de questões de custo-benefício suscitarem, por vezes, debates apaixonados, mas não necessariamente embasados em dados técnicos. Harrison *et al* comentam que, em 2003, o chefe do *Office of Informational and Regulatory Affairs* – OIRA, órgão do *Office of Management and Budget dos EUA*, sugeriu a introdução de um fator redutor sobre o “valor estatístico da vida” – medida utilizada para mensurar a disposição a pagar, por um indivíduo, para ter uma redução de um pequeno risco de morte prematura. Houve

De todo modo, na perspectiva de legitimação das decisões administrativas por meio do procedimento que lhes precede, cada vez mais em voga tendo em vista a necessidade de superarem-se déficits democráticos observados na burocracia estatal,⁶⁸⁶ a análise de impacto concorrencial é destacada como uma necessidade, se o que se pretende é realizar políticas públicas que sejam promotoras do bem-estar social e, simultaneamente, resguardem a esfera de liberdades dos agentes econômicos.⁶⁸⁷

Conforme aponta a OCDE, “um sistema de AIR que funcione adequadamente pode colaborar na promoção de coerência política, tornando mais transparentes os *tradeoffs* inerentes a propostas regulatórias, identificando quem mais provavelmente se beneficiará da distribuição dos impactos da regulação, e como a redução de risco em uma área pode criar riscos para outra área de política governamental. A AIR melhora o uso de evidências na elaboração de políticas [públicas] e reduz a incidência de falhas regulatórias decorrentes da opção por regular, quando não for o caso de fazê-lo, ou de deixar de regular, quando houver clara necessidade de fazê-lo”.⁶⁸⁸ Dados atribuídos ao *Office of Information and*

enorme repercussão junto a defensores de políticas públicas para a terceira idade, alegando que referida mensuração traduziria uma ideia de que o valor da vida de um idoso seria inferior a de um jovem, tendo o OIRA desistido da prática, embora, do ponto de vista científico, referida mensuração em nada reduzisse a importância da vida de cada indivíduo da terceira idade isoladamente considerado. HARRISON, Jeffrey L; MORGAN, Thomas; VERKUIL, Paul. *Regulation and deregulation*, pp. 478/480. Em sentido análogo, o relatório final do Mandelkern Group, constituído no âmbito da Comunidade Europeia, já apontava em 2001 essa dificuldade – como mensurar bens “não comercializáveis”, isto é, como quantificar quanto vale uma vida humana, uma floresta ou uma baleia? O relatório apontava, por outro lado, que embora de mensuração mais difícil, existem técnicas econômicas, tais como calcular a disposição a pagar pela baleia ou para se evitar um risco de morte prematura, ou, ainda, técnicas de observação de comportamentos, que podem auxiliar nesse cálculo. *The Mandelkern Group on Better Regulation - Final report*, 13 de novembro de 2001. Disponível em http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf. Último acesso em 31.10.2011, p. 21.

⁶⁸⁶ “Os procedimentos, desse modo, servem para gerar a necessária confiança no sistema, aumentando o consenso social sobre a decisão, nos limites do possível. São eles a forma pela qual o sistema político contribui para sua própria legitimação. Todavia, não são isoladamente capazes de assegurar a legitimidade da decisão: configuram um mecanismo necessário, mas por si só insuficiente, para realizar tal propósito.” BRUNA, Sergio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*. São Paulo: RT, 2003, pp. 185/186.

⁶⁸⁷ Destacando a importância de se abrir espaço para o diálogo entre a sociedade e as entidades reguladoras, e a relevância do processo regulatório para esse fim, Lawrence Friedman conclui: “existe uma lição a ser aprendida por acadêmicos e formuladores de políticas públicas – que é igualmente um aviso. A lição é levantar o máximo de fatos que seja possível, empíricos e históricos, sobre a gênese das soluções jurídicas e o contexto no qual elas são empregadas, mesmo que esses fatos não se prestem a tratamento científico. Isso também significa ouvir o que as pessoas têm a dizer sobre o que os arranjos econômicos significam para elas. Quanto mais ignorantes essas opiniões, mais são valiosas enquanto indicadores de forças sociais. Com a ajuda desse tipo de dado, os consultores de políticas públicas poderão, talvez, ter condições de converter equações irreais em realistas. Pelo menos, terão condições de melhorar o nível dos debates”. FRIEDMAN, Lawrence. *On regulation and legal process*, p. 135.

⁶⁸⁸ OCDE / REGULATORY POLICY COMMITTEE. *Indicators of regulatory management systems – 2009 Report*. Paris: OCDE, 2009, p. 61.

Regulatory Affairs – OIRA, que é parte do *Office of Management and Budget* dos Estados Unidos, dão a dimensão dos benefícios que a adoção de AIR pode acarretar:

- “estima-se que os benefícios anuais propiciados pelas normas regulatórias revisadas pelo OMB de 1996 a 2006 alcancem entre US\$ 99 bilhões e US\$ 484 bilhões, com custos anuais estimados entre US\$ 40 bilhões e US\$ 46 bilhões;
- O custo médio anual das normas regulatórias que entraram em vigor nos seis anos anteriores ao relatório caiu 47% em 20 anos;
- Os benefícios médios anuais das normas regulatórias que entraram em vigor nos seis anos anteriores ao relatório mais que dobraram nos últimos oito anos;
- Os benefícios das normas regulatórias que entraram em vigor entre 2002 e 2006 excederam os custos em mais de três vezes”.⁶⁸⁹

Uma questão em aberto acerca da implementação da análise de impacto regulatório reside na eventual redução da esfera de autonomia das agências reguladoras, visto que, em grande parte dos países, sua introdução vem acompanhada da criação de um órgão supervisor da AIR, que, a depender das suas competências, pode, na prática, vir a restringir-lhe a autonomia decisória.⁶⁹⁰

Existe também uma crítica no sentido de que:

⁶⁸⁹ Dados citados por RAMOS, Marcelo. A visão dos órgãos centrais. In PROENÇA, Jadir; VIEIRA DA COSTA, Patrícia; MONTAGNER, Paula. *Desafios da regulação no Brasil*. Brasília: ENAP, 2009, p. 141. Da perspectiva europeia, dados da comissão intitulada, em homenagem ao seu presidente, Mandelkern Group, cujo relatório final de trabalho foi publicado em 2001, apontavam que o custo da regulação, na Europa, variava de 2 a 5% do Produto Interno Bruto. MANDELKERN GROUP ON BETTER REGULATION. *The Mandelkern Group on Better Regulation - Final report*, 13 de novembro de 2001. Disponível em http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf. Último acesso em 31.10.2011.

⁶⁹⁰ Nos Estados Unidos, por exemplo, apesar da elevada autonomia historicamente atribuída às “commissions”, a doutrina já observou que, após a instituição do dever de realização de análise do impacto da regulação e a atribuição de sua supervisão ao *Office of Management and Budget* – órgão central da Administração ligado diretamente à Presidência da República – a interferência do organismo central sobre a regulação passou a ser grande. Ilustrando com a situação durante a década de 1980, foi afirmado que, “durante a Administração Reagan, uma agência não pode tomar qualquer medida no sentido de promulgar uma norma, iniciar uma investigação, propor uma norma ou tomar uma decisão final sem a aprovação explícita do OMB. Na teoria, o OMB apenas faz recomendações, deixando a agência livre para tomar suas decisões finais. Na prática, no entanto, as agências têm tão pouca opção que o OMB está, na prática, executando as suas funções normativas”. MORRISON, Alan. *The Administrative Procedure Act: A Living and Responsive Law*. *Virginia Law Review*, vol. 72, No. 2, Mar. 1986, p. 267. O tema atualmente é normatizado na *Executive Order* 12.866, de 30.09.1993, que confere amplo poder revisional ao OMB/OIRA e, em caso de divergência entre órgãos administrativos, atribui ao Presidente da República a decisão final sobre a matéria.

“ao contrário da maioria das ciências, o tipo de análise custo-benefício (...) é normativa, e não descritiva. Em sua forma extrema, ela proporciona um critério para decisões a respeito de projetos públicos e regulações que suplantaria outros critérios, sejam científicos, morais, jurídicos ou políticos. Além disso, a análise de custo-benefício é indubitavelmente atrelada a concepções de avaliação de custos e benefícios orientadas para o mercado [*‘market-oriented’*], concepções que muitos cidadãos consideram repugnantes. Dado o indubitável conteúdo normativo e ideológico da análise de custo-benefício, a esperança de que resultados técnicos (sejam científicos ou econômicos) possam produzir consensos ou, pelo menos, um rol diminuto de opiniões aceitáveis – é muito mais tênue para a análise econômica. Na prática, a análise de custo-benefício é pouco propensa a gerar consensos a não ser em circunstâncias muito especiais e limitadas. O valor da análise custo-benefício é que ela pode esclarecer questões que estejam sob debate público e, desta forma, propiciar maior participação na tomada de decisão, no lugar de se ter a norma de uma tecnocracia insulada”.⁶⁹¹

Na visão desses autores, análises de custo-benefício não estão isentas de críticas nem podem ser consideradas “científicas”, se por este termo se pretender aludir à impossibilidade de seu questionamento com base em valores e critérios de ordem moral ou ideológica.

A inexatidão de informações, a disparidade de técnicas de mensuração, a utilização de diferentes taxas de desconto, ademais da sempre difícil resposta acerca de quanto vale, em termos econômicos, uma política de maior segurança para o consumidor, uma vida salva etc., são elementos que apontam no sentido de que a análise de impacto regulatório não seja um instrumento infenso a ressalvas, não tanto em sua concepção teórica, mas no que tange às diferentes formas com que pode ser implementada na prática. Sua principal virtude, contudo, reside em abrir espaço para essas considerações, mediante um debate público, inclusive com aqueles que não são economistas ou cientistas versados na matéria que esteja sendo objeto de AIR.⁶⁹²

⁶⁹¹ WHITTINGTON, Dale e GRUBB, Norton Grubb. *Economic Analysis in Regulatory Decisions: The Implications of Executive Order 12291. Science, Technology, & Human Values*, Vol. 9, No. 1 (Winter, 1984), p. 63.

⁶⁹² Em *American Textile Manufacturers Institute, Inc. v. Donovan*, discutiu-se a validade de uma norma expedida pela *Occupational Safety and Health Administration* (OSHA) que criava *standards* limitadores de exposição à poeira de algodão. A indústria questionou a norma, sob a alegação de que a OSHA estaria obrigada a reconhecer que os benefícios da norma suplantavam os seus custos. Ao rejeitar o argumento da indústria, a Suprema Corte decidiu que a OSHA não estava obrigada a utilizar o teste de custo-benefício ao redigir suas normas, mas apenas um critério de possibilidade / razoabilidade (*“feasibility”*). Cf. ROSENBERG, Morton. *Beyond the Limits of Executive Power*, p 192.

Para os efeitos do trabalho aqui proposto, pretende-se chamar a atenção para o fato de que as análises de impacto regulatório que venham a ser desenvolvidas relativamente a normas que estejam sendo gestadas no interior das agências reguladoras devem considerar os possíveis efeitos advindos da medida pretendida sobre a livre concorrência.

Como exemplo de propostas com potencial impacto concorrencial podem ser citados projetos normativos de liberalização de setores da economia; que aumentem ou reduzam barreiras ao ingresso e à saída do mercado; que introduzam direitos comercialmente relevantes (p.ex., normas relativas a direitos da propriedade intelectual); normas setoriais que busquem implementar objetivos de políticas públicas regionais, econômicos ou ambientais.⁶⁹³

Para a análise dos impactos concorrenciais dessas políticas, será relevante prever mecanismos institucionalizados de participação entre as agências reguladoras e as entidades de defesa da concorrência, assim como um melhor planejamento das políticas públicas setoriais.⁶⁹⁴ Essas características estão presentes no art. 19 da lei 12.529/2011.

No que tange ao mérito, essa avaliação deverá considerar (i) as possíveis restrições concorrenciais que poderão advir caso a norma regulatória venha a ser aprovada; (ii) se essas restrições são necessárias para o atingimento de alguma finalidade pública relevante; e (iii) a inexistência de alternativas viáveis, menos restritivas da concorrência, que igualmente permitam obter o efeito social pretendido.⁶⁹⁵ Seriam exemplos de normas que podem restringir a concorrência aquelas que conferem direitos de exclusividade, estabelecem um sistema de licenças e autorizações para ingresso em um mercado, estabelecem barreiras geográficas, determinam o controle de preços ou atuam para restringir as possibilidades de comercialização, inclusive, de promoção de produtos.

⁶⁹³ COMISSÃO EUROPEIA. *Impact assessment guidelines*. Bruxelas: Comissão Europeia, 15.01.2009, pp. 40/41. Disponível em http://ec.europa.eu/governance/impact/commission_guidelines/docs/iag_2009_en.pdf. Último acesso em 30.10.2011.

⁶⁹⁴ Massimo Severo Giannini comenta, como duas experiências recentes do Estado pluriclasse, a proceduralização das decisões administrativas, mediante a ampliação, ao maior número possível, dos poderes públicos, e a extensão ao máximo possível das técnicas de planejamento para as atividades técnicas. O autor ressalva, no entanto, ser necessária a efetiva implementação dessas experiências, que não deve ficar restrita a previsões meramente formais. GIANNINI, Massimo Severo. *Il pubblico potere: Stati e amministrazioni pubbliche*. Bolonha: Il Mulino, 1986, pp. 136/137.

⁶⁹⁵ GARCÍA, Isabel Sánchez. Los mercados sectoriales y la competencia. In TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA (coord.). *Crisis económica y política de la competencia: III Jornadas Nacionales de Defensa de la Competencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 43.

Também se pode incluir nessa lista a criação de sistemas de autorregulação que, se mal conformados, podem atuar como barreiras à entrada, aumentando custos de rivais.

Aliás, é preciso considerar que normas que extrapolem o razoável em matéria de transparência de preços, custos e outras condições comercialmente sensíveis podem atuar no sentido de “legalizar” a uniformização de preços e condições comerciais, propiciando, se mal formuladas e fiscalizadas, efeitos próximos aos das práticas cartelizantes.⁶⁹⁶ Em outras palavras, para que uma restrição ao princípio constitucional da livre concorrência possa ser legitimamente imposta, faz-se necessário que passe pelos testes que constituem o princípio da proporcionalidade.

5.3 Deve o CADE deferência às decisões regulatórias setoriais?

Como visto acima, existem relevantes instrumentos para se promover a concorrência em setores regulados.

De todo modo, apesar dos mecanismos de interação acima mencionados, não se pode afastar de todo a possibilidade de que venham a ocorrer decisões conflitantes entre o CADE e as agências reguladoras. Basta pensar que o CADE poderá rejeitar um ato de concentração que uma agência reguladora tenha aprovado, ou, ainda, que pode ser considerada anticoncorrencial uma conduta usualmente praticada em um mercado regulado, com o beneplácito (ou, pelo menos, a omissão) da entidade reguladora.

Um argumento que, por vezes, é invocado para afastar o dever de submissão de setores regulados à autoridade antitruste, seja do ponto de vista estrutural, seja do prisma das condutas anticompetitivas, consiste justamente no fato de que um agente econômico não poderia estar sujeito ao escrutínio de duas entidades administrativas diferentes, sob o risco de serem geradas decisões conflitantes.

Não concordamos com esse entendimento, mencionando desde logo que qualquer atividade econômica está sujeita a uma pluralidade de aprovações governamentais, que

⁶⁹⁶ As situações narradas foram tiradas de perguntas inseridas no “Guia para la elaboración de memorias de competencia”, elaborado pela Comisión Nacional de Competencia española – CNC, citado por Isabel Sánchez García, Los mercados sectoriales y la competencia, p. 44.

podem conflitar entre si: por exemplo, um empreendedor pode obter licença para construção de uma fábrica, outorgada pelo órgão municipal competente, mas não lograr a necessária licença ambiental. Ou, ainda, poderá não conseguir comprovar à entidade reguladora setorial que preenche os requisitos necessários à prestação do serviço, situação em que, ainda que possua licença para construir e licença ambiental, não poderá, de fato, realizar o empreendimento pretendido.

Portanto, em uma realidade de Estado federativo e Administração Pública pluricêntrica, a necessidade de plúrimas autorizações e licenças governamentais não desperta maiores perplexidades, sendo que a necessidade de dupla autorização regulatória e concorrencial, quando for o caso, constitui apenas mais um desdobramento desse fenômeno tão inquestionavelmente aceito em outras esferas do exercício da potestade estatal.⁶⁹⁷ Igualmente, do prisma repressivo, o fato de uma conduta ser tolerada pela entidade setorial não significa necessariamente que não possa ser considerada anticompetitiva pela autoridade concorrencial, a menos que seja praticada ao abrigo de uma política pública setorial claramente substitutiva da concorrência.⁶⁹⁸

Logicamente que, a partir do reconhecimento da possibilidade de decisões contraditórias por parte de entidades reguladoras e concorrenciais, as diversas esferas estatais devem procurar compor-se de forma a não se gerar um cenário de insuportável insegurança jurídica e não impedir o diuturno funcionamento das instituições. Da relação entre direito e economia, abordada no capítulo I, pode-se extrair que, quando as instituições desenhadas pelo direito mostram-se ineficientes e geradoras de insegurança, o resultado é uma precificação do risco pelo investidor, gerando maiores custos a serem suportados por toda a sociedade.

No entanto, em algumas situações-limite, cada esfera da Administração buscará preservar a sua competência e o seu entendimento sobre qual é a melhor forma de tutelar o

⁶⁹⁷ Conforme lembra Alexandre Aragão, “as diversas entidades e órgãos reguladores [podem ser concebidos] efetivamente como ordenamentos jurídicos derivados e parciais, ordenamentos jurídicos estes que se fortaleceram no mundo contemporâneo, onde não mais vigora com tanta rigidez o dogma da ordem jurídica unitária típico da modernidade franco-germânica do século XVIII”. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, p. 194.

⁶⁹⁸ Lembre-se, a esse respeito, das situações de isenção antitruste tratadas no capítulo 2, especialmente os testes cunhados pelas doutrinas norte-americanas da *State action* e da *pervasive power*; as derrogações do direito da concorrência admitidas pelo direito comunitário, no que se refere aos serviços de interesse econômico geral; e a apropriação dessas discussões realizadas pelo direito brasileiro, em especial, pela jurisprudência do CADE.

interesse público.⁶⁹⁹ Nessas ocasiões, a solução será reconduzível ao Poder Legislativo (ou ao Poder Constituinte derivado), que deverá produzir uma norma que ponha termo ao conflito de atribuições ou, ainda, ao Poder Judiciário, que terá de solucionar concretamente os conflitos deflagrados à luz dos interesses públicos tutelados por essas entidades.

De fato, em algumas situações surgem questionamentos sobre se uma atitude que vem sendo admitida ou tolerada pelo órgão regulador poderia ser considerada anticompetitiva da perspectiva antitruste. Exemplo prático em que teria ocorrido essa situação seria a referente à cobrança da THC2 no Porto de Santos, que vinha sendo tolerada até que o CADE considerou-a violadora do art. 20 da Lei 8.884/94. Agiu legitimamente o CADE nesse caso ou desbordou de suas competências, já que o setor portuário é altamente regulado por uma plêiade de órgãos, com destaque para a agência reguladora (ANTAQ) e para a autoridade portuária (a CODESP, uma sociedade de economia mista federal)?

Antes de respondermos a essa questão, parece-nos relevante, para fins de traçar um raciocínio analógico a seguir, retomar um tema bastante discutido da perspectiva constitucional, consistente em se buscar verificar a extensão do poder de revisão, pelo Poder Judiciário, dos atos administrativos.⁷⁰⁰

Desde a definição de Montesquieu⁷⁰¹ de que, para que um Estado funcione adequadamente, deve haver um sistema de freios e contrapesos entre os poderes, países que adotam o sistema de jurisdição única, como o Brasil, debatem qual a extensão do poder revisional do Poder Judiciário sobre uma decisão administrativa em geral e, em particular, sobre aquelas adotadas pelas entidades administrativas autônomas.

⁶⁹⁹ Nos Estados democráticos contemporâneos, existe uma pluralidade de interesses públicos a ser tutelados. Sobre a relação entre interesses públicos e regulação, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. Além disso, o Estado democrático de direito tutela tanto interesses públicos quanto privados, não se podendo afirmar aprioristicamente a supremacia dos primeiros sobre os últimos. Ver, nesse sentido, os artigos compilados no livro SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

⁷⁰⁰ Um estudo das matérias normatizadas por agências reguladoras federais que foram objeto de questionamento no Poder Judiciário, pelo Ministério Público, tendo chegado ao Superior Tribunal de Justiça, é realizado por ARAGÃO, Alexandre Santos de e SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. As ações do Ministério Público em matéria de regulação e a importância dos instrumentos consensuais. In RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *Ministério Público*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 426. Concluiu-se que a grande maioria dos atos normativos editados pelas entidades reguladoras federais que foram questionados em juízo teve sua legalidade confirmada pelo STJ.

⁷⁰¹ *Do espírito das leis*. São Paulo: Martins Claret, 2002.

Nos Estados Unidos, trata-se de assunto de elevada relevância, em particular após a Suprema Corte ter decidido, no caso *Chevron*, que as cortes judiciais têm um dever “deferência” às decisões das entidades reguladoras independentes, as quais, por sua vez, têm a obrigação de motivar suas decisões nesses pleitos (ou seja, exercitar um olhar cuidadoso – um *hard look review*)⁷⁰² e manter coerência com os limites do mandamento legal (as “instruções”) que tenham recebido do Congresso.⁷⁰³

O tema da revisão judicial dos atos administrativos foge ao escopo do presente trabalho, mas a ideia de que as decisões tomadas pelas entidades reguladoras setoriais, no exercício de suas competências técnicas, merecem deferência por parte de outros órgãos e poderes estatais – parece-nos ser útil à compreensão da relação entre autoridades reguladoras e concorrenciais.

De um lado, a noção de deferência sugere que, em caso de dúvida quanto à legalidade de uma determinada prática, a autoridade concorrencial deixe de agir quando exista uma entidade reguladora com competência para normatizar um setor.⁷⁰⁴ Se a prática comercial discutida foi expressamente admitida pela legislação setorial ou, ainda, se não mereceu normatização específica do ente competente para vedá-la – provavelmente isso tenha ocorrido porque não tenha sido considerada como passível de distorcer o mercado. Nessas hipóteses, o mais adequado seria o órgão de defesa da concorrência intentar ações de advocacia da concorrência junto ao ente regulador setorial, se for o caso, ao invés de apenas o agente econômico que agiu de boa-fé nas lacunas de uma legislação regulatória ambígua.

Nesse sentido, haveria um aprofundamento das teorias da *State Action* e da *pervasive doctrine* analisadas no terceiro capítulo. Como visto, essas duas doutrinas sustentam que, em havendo clara previsão legal de substituição da concorrência pela regulação, a autoridade concorrencial deve se abster de intervir. Já a doutrina *Chevron* sustenta que, em havendo dúvida, igualmente deverá o Poder Judiciário deixar de

⁷⁰² Conforme observa Sergio Varella Bruna, “a análise que caracteriza a *hard look review* é de índole primordialmente processual, já que a regra é de deferência judicial sempre que seja aceitável a justificação apresentada pela agência para sua decisão, mesmo quando o juízo administrativo possa não ser o melhor, aos olhos do tribunal, de modo a evitar que os juízos políticos atribuídos pelo Legislativo ao Executivo venham a ser substituídos por outros formulados pelo Judiciário, a quem normalmente não toca a competência de exercê-los”. BRUNA, Sergio Varella. *Agências reguladoras*, p. 234.

⁷⁰³ Caso a norma da entidade regulatória seja contrária às finalidades circunscritas pelo Congresso ao conferir-lhe a competência, o Poder Judiciário poderá intervir.

⁷⁰⁴ Mesmo porque, como já anteriormente comentado, o CADE não tem atribuição legal para funcionar como instância revisora da regulação de terceiros.

sancionar a conduta, por deferência à posição do regulador, desde que essa esteja razoavelmente motivada.

Assim, de modo análogo, em caso de dúvida quanto à legalidade de uma determinada conduta no mercado, deveria o CADE deixar de intervir (ou, pelo menos, não apenas o agente investigado, podendo considerar a celebração de TCC), já que o setor possui regulação setorial especializada.⁷⁰⁵ Deve ser esclarecido, em todo caso, que a deferência aplica-se apenas às questões técnicas que são próprias e específicas do setor regulado. A partir dos julgados subsequentes à Chevron, por parte da Suprema Corte norte-americana, Cass Sunstein observa que o princípio da deferência não se aplica, por exemplo, a situações em que a autoridade reguladora tenha interpretado a lei de processo administrativo, que apresenta um caráter geral.⁷⁰⁶

Há, ainda, outra perspectiva sob a qual nos parece que as discussões travadas em torno da doutrina Chevron possam colaborar para o debate acerca da utilidade do duplo escrutínio das práticas mercadológicas pelas autoridades reguladoras e concorrenciais.

Tal como o Poder Judiciário, a entidade concorrencial costuma operar transversalmente, sobre todos os setores. Não seria, assim, tão suscetível a leituras enviesadas ou à captura por parte do poder econômico quanto a entidade setorial especializada. Cass Sunstein, por exemplo, destaca que o Poder Judiciário cumpre uma

⁷⁰⁵ Vinícius Marques de Oliveira, no julgamento do ato de concentração Oi/Brasil Telecom, utilizou o termo “subsidiariedade”, ao invés de “deferência”, para discutir a relação entre entidades reguladoras e concorrenciais. A ideia subjacente a ambos os termos, no entanto, é semelhante. Segundo o Conselheiro: “com base no ambiente competitivo estruturado pela política pública e monitorado pela agência setorial, ao SBDC cabe ser ouvido na estruturação desse ambiente, compartilhando informações, experiências e oferecendo sugestões; e atuar, com base no princípio da subsidiariedade, no controle de condutas e estruturas, quando a ação regulatória não estiver esgotada ou abarcado todas as possibilidades de concorrência no setor”. Voto proferido no ato de concentração 08012.005789/2008-23 e 53500.12477/2008, j. em 20.10.2010.

⁷⁰⁶ SUNSTEIN, Cass. Chevron step zero. *Virginia Law Review*, v. 92, n. 2, abril de 2006, p. 209. Para haver deferência, é necessário que o ato tenha caráter decisório: “interpretações constantes em documentos opinativos – tais como interpretações constantes em declarações de políticas públicas, manuais das agências e guias de orientação [*enforcement guidelines*] – todos eles carecedores de força jurídica – não têm direito à deferência estabelecida em Chevron” (p. 212). Sunstein observa ainda que a decisão de Chevron não constitui um “cheque em branco” ao regulador, pois há dois testes que devem ser sempre obedecidos, sob pena de, em sendo violados, suscitarem revisão judicial. O primeiro informa que a decisão da agência perderá deferência “se o Congresso claramente houver proibido os reguladores de atuarem no sentido que estiverem fazendo” e, ainda, mesmo que não se encontre uma proibição expressa por parte do Congresso, a decisão administrativa tem de ser amplamente justificada: “o segundo teste opera como uma salvaguarda contra interpretações insuficientemente motivadas” (p. 228). De todo modo, “tendo em vista que programas regulatórios duram décadas e operam em torno de circunstâncias que se modificam significativamente (ao longo do tempo), as agências devem ser consideradas como tendo discricionariedade para interpretar as ambigüidades de modo razoável, mesmo se essas interpretações levem a grandes mudanças na lei que elas administram. De fato, esta flexibilidade é o primeiro benefício da decisão Chevron em si mesma, ao permitir a adaptação a um novo entendimento tanto de fatos quanto de valores” (p. 246).

função democrática de elevada relevância ao revisar atos dos reguladores, seja para refutar os atos que se desviem dos mandamentos do Poder Legislativo, seja como contraponto aos diversos grupos que possam pressionar os reguladores pela edição de normas em um ou outro sentido.⁷⁰⁷

Com relação às normas advindas do Legislativo, parece-nos que uma analogia entre a função da entidade de defesa da concorrência e a do Poder Judiciário não seria adequada, pois, diferentemente das cortes judiciais, a interpretação que venha a ser dada pelo CADE acerca de uma lei que alegadamente preveja a prática ou abstenção de um determinado ato por parte do agente regulado não possuirá supremacia sobre o entendimento das agências acerca da mesma norma. A deferência seria, em realidade, ao contrário: se a entidade reguladora interpretou a lei de uma determinada forma, e, por conseguinte, aceita ou proíbe expressamente determinada conduta – não estaria sob a ingerência do CADE dispor em sentido contrário.

No entanto, sob a segunda perspectiva – sistema de *checks and balances* – parece-nos que a analogia merece aprofundamento.⁷⁰⁸

Conforme observa Sunstein, “a independência judicial pode servir como uma proteção contra as diferentes pressões que produzem [atos] administrativos ilegais, injustos e irracionais”. A conclusão do autor baseia-se na percepção de que, “nos anos recentes tem havido uma extensa documentação dos efeitos distorcidos das várias pressões feitas sobre os reguladores. Essa evidência produz pelo menos uma base plausível para acreditar que as cortes, precisamente por conta de sua independência, produzirão um corretivo *ex post* e dissuasório”.⁷⁰⁹

Dessa perspectiva, o CADE é uma “corte” (administrativa) tal como os tribunais norte-americanos são “cortes judiciais”. Queremos significar com essa afirmação que, se pressões não republicanas podem levar à captura dos órgãos reguladores, então ter outra

⁷⁰⁷ Ver, a respeito, SUNSTEIN, Cass. On the costs and benefits of aggressive judicial review of agency action. *Duke Law Journal*, v. 1989, n. 3, p. 537.

⁷⁰⁸ Conforme sustentou Joísa Dutra: “Estache e Martimort (1999) apontam que a separação estrutural dos poderes regulatórios ente diferentes agências pode operar como compromisso para impedir captura regulatória por grupos de interesse. Esse seria o caso de uma divisão de direitos ou atribuições entre uma agência reguladora setorial e um órgão incumbido de licenciamento ambiental. Mas pode também ser o caso da divisão na atribuição de competências estabelecida, por exemplo, entre a agência de regulação do setor elétrico, a ANEEL, e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, no zelo ‘pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência’.” SARAIVA, Joísa Campanher Dutra. Governança regulatória em leilões de usinas estratégicas – o caso do leilão da UHE Santo Antonio. In LANDAU, Elena (coord.). *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, tomo II, p. 322.

⁷⁰⁹ SUNSTEIN, Cass. On the costs and benefits of aggressive judicial review of agency action, p. 527.

entidade administrativa, com poderes transversais sobre a generalidade dos mercados e capaz de atuar nas omissões regulatórias que propiciem reforço de posição dominante ou o seu abuso, poderá ser de grande utilidade, em termos de política pública.⁷¹⁰

Não se está argumentando que o CADE substituirá o regulador no seu múnus de normatizar o setor nem o Poder Judiciário no seu mister de fiscalizar a legalidade e a constitucionalidade dos atos regulatórios – seria, antes de tudo, um argumento inconstitucional, face ao princípio da inafastabilidade do conhecimento, pelo Poder Judiciário, de lesão ou ameaça a direito. Argumenta-se, apenas, que a mesma lógica que faz ser útil a revisão judicial sobre atos administrativos pode auxiliar na sustentação da utilidade da análise, pelo CADE, das práticas verificadas em mercados regulados, no que tange aos seus efeitos concorrenciais.

Sobre esse tema, da perspectiva do direito brasileiro, mostra-se relevante a constatação do ex-Conselheiro Luis Fernando Schuartz, quando afirmou que:

“Eu não sei dizer com certeza qual seria no Brasil a divisão ótima, mas estou convencido de que nela o poder das agências seria residual. O CADE já é um órgão institucionalmente confiável a ponto de poder centralizar, na Administração Pública, esse tipo de competência. É claro que sempre haverá pressões, mais ou menos sutis, dos mais diversos cantos da sociedade sobre um órgão como o CADE, (...) mas acredito que já existe entre os atores relevantes a expectativa de quais pressões serão ignoradas quando estiverem desacompanhadas de argumentos tecnicamente consistentes”.⁷¹¹

Dessa forma, na visão do Conselheiro, que compartilhamos, por se tratar de entidade que construiu uma reputação de maior isenção a pressões e que atende a critérios de transparência e racionalidade nas suas decisões, o CADE poderia realizar, ainda no âmbito administrativo, uma espécie de contrapeso à atividade das entidades regulatórias, embora seja necessário ter o cuidado de esclarecer que não se está propondo que o CADE seja “instância revisional” da regulação.

⁷¹⁰ A analogia, logicamente imperfeita, parece-nos de valia especialmente se considerarmos que, nos Estados Unidos, a defesa da concorrência é realizada, em sua maior parte, por meio do acesso ao Poder Judiciário. As limitações da comparação advêm, ainda, do fato de que, enquanto o Poder Judiciário está acostumado a rever atos administrativos viciados, esta não é a realidade do CADE, que não possui competência revisional da regulação setorial, ainda que alegadamente restritiva da concorrência.

⁷¹¹ DUTRA, Pedro. *Conversando com o CADE*, p. 269.

A sugestão caminha no sentido de que o resguardo da competência da entidade antitruste para fiscalização das condutas dos agentes econômicos nos setores regulados de infraestrutura pode ser de extrema relevância para se proteger a concorrência em situações nas quais, por qualquer razão, a entidade reguladora não tenha coibido uma prática efetivamente violadora da concorrência. No entanto, quando a regulação setorial for clara em sua intenção de substituir a concorrência, e quando essa decisão tiver sido tomada, à luz dos princípios da finalidade e da proporcionalidade, em conformidade com os objetivos legalmente atribuídos à regulação setorial, o CADE deverá reconhecer essa situação como um limite ao seu poder de atuação.

É preciso lembrar, por fim, que as leis reguladoras setoriais já possuem previsões genéricas de tutela e promoção da concorrência em seus respectivos setores de atividade, de modo que seria esperado que, no mais das vezes, a regulação setorial atuasse no sentido de dissuadir práticas anticoncorrenciais. Todavia, em ocorrendo omissão do regulador, será o caso de a entidade concorrencial atuar para restabelecer as condições de concorrência que se tenham verificado no ambiente regulado.

5.4 Resolução de conflitos entre órgãos reguladores e o CADE

Este último tópico da tese se dedica a analisar se, apesar das conclusões acima, surgirem conflitos de competência entre o CADE e órgãos ou agências reguladoras setoriais, que imponham obrigações cogentes e incompatíveis entre si aos agentes econômicos atuantes nos setores de infraestrutura, a quem competirá solucionar a controvérsia. Em suma: se os dois julgarem-se competentes para decidir sobre determinado fato ou conduta observados no mercado regulado, e fizerem-no em sentidos opostos e inconciliáveis, a quem caberá decidir qual a entidade que possui competência para dizer a interpretação correta da legislação em vigor.⁷¹²

⁷¹² Ressalve-se, desde logo, que não se enquadram nessa situação os casos cotidianos de análise de concentração de empresas que, como visto, podem sujeitar-se a duplo escrutínio, tendo em vista ser a regra geral a complementaridade de competências entre autoridades reguladoras e concorrenciais.

Para esse fim, discutiremos o papel da Advocacia-Geral da União, haja vista que ela foi chamada a solucionar o alegado conflito de atribuições entre o CADE e o Banco Central do Brasil sobre atos de concentração no setor bancário, o que suscitou relevante debate acerca de se a competência da AGU para fixar interpretações jurídicas que, uma vez aprovadas pelo presidente da República, tornam-se vinculantes para a Administração Federal, poderia estender-se às entidades administrativas com autonomia reforçada. Em seguida, comentaremos brevemente o tema dos convênios de cooperação entre o CADE e as agências reguladoras setoriais e, ao final do tópico, o papel do Poder Judiciário na solução desses conflitos.

5.4.1 O papel da Advocacia-Geral da União

Dispõe a Lei Complementar 73/93 que compete ao Advogado-Geral da União “fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal” (art. 4º, X), bem como “unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal” (art. 4º, XI). O art. 40, §1º, da LC 73/93, por sua vez, determina que “o parecer [do Advogado-Geral da União] aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento”.

Com base nessas atribuições, teria a AGU competência para solucionar conflitos de entendimentos ou atribuições que venham a surgir entre o CADE e as agências reguladoras federais?

Para fins dessa discussão, a análise do caso do setor bancário nacional mostra-se bastante ilustrativa. Trata-se do (ao menos aparente) conflito de competências entre o CADE e o Banco Central do Brasil (BACEN) para julgar atos de concentração ocorridos no setor bancário, tendo em vista que, enquanto o BACEN sustentava ter competência privativa nessa seara, por força da Lei 4.595/64, o CADE entendia ser sua atribuição complementar à do BACEN, de modo que, quando preenchidos os requisitos do art. 54 da Lei 8.884/94, os agentes econômicos deveriam submeter suas operações também ao Conselho.

A partir desse conflito positivo de competências suscitado entre CADE e BACEN, o tema foi submetido à Advocacia Geral da União, no bojo da sua função consultiva e de interpretação legislativa, à luz da Lei Complementar 73/93. O parecer do Advogado-Geral da União resultante dessa consulta, no sentido de que a competência para analisar fusões e aquisições ocorridas no setor bancário era privativa do BACEN, foi firmado pelo Presidente da República, tendo assim, adquirido força vinculante para a Administração Pública federal, nos termos do art. 40, § 1º, da referida norma.⁷¹³

No entanto, enorme polêmica seguiu-se a essa solução, pois o CADE sustentou que a AGU não teria função de afirmar, interpretar, restringir ou negar a existência de competências que advêm diretamente da lei ou da própria Constituição Federal, não podendo a ratificação do Presidente da República ao parecer do Advogado-Geral da União ter o condão de fixar a forma correta de o Conselho interpretar a lei de defesa da concorrência e o ordenamento jurídico em vigor, especialmente em se considerando a sua autonomia reforçada. Sendo a AGU órgão de confiança do Presidente da República, essa atribuição poderia terminar por ser utilizada para subtrair a autonomia, quer do CADE, quer das agências reguladoras setoriais.

De fato, a admissão de entidades personalizadas no seio da Administração Pública faz nascer a possibilidade de conflitos de entendimentos entre esses agentes.⁷¹⁴ Por exemplo, tendo em vista que a União Federal figura como poder concedente em vários contratos de concessão, não é impossível que, em algum momento, um interesse seu possa conflitar com o da concessionária e que, ao julgar esse conflito na esfera administrativa, possa a agência reguladora decidir em favor da concessionária. Em tal cenário, poderia o Presidente da República, insatisfeito com a decisão adotada pela entidade técnica decisória,

⁷¹³ Uma profunda discussão acerca da relação entre o papel da Advocacia Geral da União e as entidades autônomas da Administração Pública Federal foi realizada em seminário promovido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, cujo teor encontra-se transcrito em SALGADO, Lucia Helena (org.). *Marcos regulatórios no Brasil: judicialização e independência*. Rio de Janeiro: IPEA, 2009.

⁷¹⁴ Aventando uma hipótese que ilustra o quanto aqui exposto, Flavio Willeman sustenta que, caso uma modelagem de privatização de um setor, realizada por uma agência reguladora, viesse a apresentar falhas graves como, por exemplo, subavaliação da empresa estatal a ser alienada (em um contexto, por exemplo, de desvio de finalidade), o poder concedente poderia exigir a reparação do dano em face da agência reguladora que desenhou o modelo, justamente porque são entidades autônomas. WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade civil das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, pp. 106 e 107. Utilizando esse exemplo, parece-nos que, caso o poder concedente mencionado fosse a União Federal e decidisse cobrar a indenização mencionada, como sua representação legal é realizada pela AGU, certamente não se poderia esperar que esse órgão compusesse o conflito, de forma imparcial, na esfera administrativa, visto a sua subordinação a uma das partes.

buscar na AGU um parecer normativo que fixasse entendimento em favor da tese do poder concedente e, em seguida, mediante despacho ratificador, tornasse esse entendimento de aplicação mandatória pela agência reguladora, mesmo contra a interpretação que essa entidade considerasse a mais correta?

Parece-nos que não. De pouco adiantaria conferir mandato fixo com estabilidade aos diretores das agências reguladoras, e até mesmo vedar a interposição de recurso hierárquico impróprio, caso a AGU e o Presidente da República tivessem a atribuição de fixar entendimentos cogentes às agências reguladoras e ao próprio CADE.⁷¹⁵

Em decorrência das razões acima expostas, não se pode concordar com a possibilidade de a AGU interferir em potenciais conflitos de entendimentos envolvendo o CADE e as agências reguladoras, seja no que tange aos limites da competência de cada ente, seja com relação ao mérito de qualquer questão regulatória ou concorrencial.⁷¹⁶⁻⁷¹⁷

⁷¹⁵ No âmbito da discussão acerca dos limites do papel a ser desempenhado pela AGU na defesa judicial dos interesses das entidades reguladoras autônomas, assim se manifestou Arthur Badin, à época Presidente do CADE: “esses órgãos executam políticas públicas que podem ser impopulares em curto prazo, embora benéficas e importantes para a sociedade no longo prazo e, se fossem confiadas ao governo, não poderiam ser tomadas. Portanto, a independência decisória em relação ao Poder Executivo é o âmago da razão de ser desses órgãos”. In SALGADO, Lucia Helena (org.). *Marcos regulatórios no Brasil: judicialização e independência*. Rio de Janeiro: IPEA, 2009, p. 16.

⁷¹⁶ No mesmo sentido, veja-se Celso Campilongo: “o papel institucional da AGU, mesmo com essa configuração de um órgão de Estado, envolve necessariamente uma proximidade com o Executivo, particularmente com a Presidência da República e com esse modelo de vínculo ministerial com o qual o nosso sistema de defesa da concorrência rompe as ligações. O presidente do CADE não deve satisfações, no exercício das suas funções, ao presidente da República, sem nenhuma ofensa ao presidente da República. Essa autonomia significa um desligamento do papel institucional do CADE, em relação a essas instituições políticas, não porque o CADE resolveu fazer assim, mas porque assim está na legislação brasileira”. In SALGADO, Lucia Helena (org.). *Marcos regulatórios no Brasil: judicialização e independência*, pp. 28 e 29. Ronaldo Seroa da Motta, em comentário realizado no mesmo evento, observou que “governos interpretam um marco regulatório na tentativa de alterar objetivos, para fazer política. A natureza deles é de *policy makers*. Então, eles estão redefinindo os objetivos, enquanto a agência procura garantir os objetivos pré-definidos nos marcos regulatórios” (pp. 37 e 38). Em voto-vista (vencido) proferido no julgamento do REsp 1.094.218-DF, o Ministro Castrou Meira observou: “o poder de uniformizar a interpretação normativa para a Administração Federal como um todo, a teor do disposto no art. 4º, X c/c art. 40, §1º, da Lei Complementar 73/93, compreende as matérias que possam ser objeto de uma orientação geral, ou seja, aquelas concernentes às atividades-meio dos entes descentralizados e não aquelas referentes às atribuições específicas de determinado ente administrativo – atividades-fim” (p. 24). Veja-se, ainda, nesse sentido, a manifestação do Ministro Herman Benjamin proferida no mesmo caso: “parece-me inquestionável que essas normas dão ao CADE certas garantias em relação aos demais órgãos do Executivo Federal, o que faz concluir pela não-vinculação aos pareceres normativos ratificados pelo Presidente que interfiram nessas prerrogativas” (p. 57).

⁷¹⁷ Em sentido contrário, Gustavo Binenbojm: “a Lei Orgânica da AGU é muito clara. (...) A AGU tem competências que estão previstas no seu Artigo 4º e no seu Artigo 40, que incluem, por exemplo, o controle interno da legalidade dos atos administrativos e afiação da interpretação da constituição das leis tratadas e dos demais atos normativos, competências estas que devem ser uniformemente seguidas pelos órgãos e entidades da administração federal sem nenhuma ressalva, unificação da jurisprudência administrativa com a solução de controvérsias entre órgãos jurídicos da administração federal e edição de enunciados de súmula

Do mesmo modo, também não nos parece que a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, parte integrante da AGU, possa dirimir essas questões.⁷¹⁸

Do prisma conciliatório, não vemos maior óbice a que a AGU busque aproximar entendimentos entre o CADE e as demais entidades da Administração Pública federal. Teria, nesse aspecto, a conciliação um resultado próximo ao visado quando se celebram convênios: por meio da conciliação promovida pela CCAF, uma entidade reguladora poderia resolver contribuir com investigações das entidades de defesa da concorrência ou, ainda, decidir não editar ou, ainda, revogar uma norma ou ato administrativo cujo efeito se apresentasse manifestamente anticompetitivo.⁷¹⁹

administrativa e, no Artigo 40, mais adiante, os famosos pareceres vinculantes, que podem inclusive ter caráter normativo de quando é atribuído ao presidente da República. Isso é uma decisão do legislador. Boa ou má, a engenharia institucional foi essa”. SALGADO, Lucia Helena (org.). *Marcos regulatórios no Brasil: judicialização e independência*, pp. 34 e 35. Também Sergio Guerra sustenta que, em caso de conflito entre duas agências reguladoras federais, a controvérsia deve ser solucionada pela AGU, com fundamento na Lei Complementar 73/93. GUERRA, Sergio. Competências e conflitos de atribuições entre as agências. In SARAVIA, Enrique; PECL, Alketa; BRASÍLICO, Edson Américo. *Regulação, defesa da concorrência e concessões*. Rio de Janeiro: FGV, 2002, p. 149. Veja-se, ainda, Leonardo Vizeu Figueiredo: “na ausência de expressa disposição legal e no caso de haver conflito de competência em face das autoridades de proteção de concorrência, mister se faz acionar a Advocacia Geral da União, a quem compete unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, bem como prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração”. *Lições de direito econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 277. Em igual sentido é o voto da Ministra Relatora Eliana Calmon, proferido no julgamento do REsp 1.094.218-DF: “o que não se pode aceitar é a afirmação de que as decisões do CADE, mesmo técnicas, fiquem em posição superior à decisão do Chefe do Poder Executivo, subtraindo-se do Presidente da República a competência que lhe foi outorgada expressamente pela Constituição Federal para decidir acerca do funcionamento dos órgãos e entidades da Administração Pública” (pp. 13/14).

⁷¹⁸ A Portaria nº 1.281, de 27 de setembro de 2007, que dispõe sobre o deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União, dispõe em seu art. 2º que: “estabelecida controvérsia de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, poderá ser solicitado seu deslinde por meio de conciliação a ser realizada: I - pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF; II - pelos Núcleos de Assessoramento Jurídico quando determinado pelo Consultor-Geral da União; III - por outros órgãos da Advocacia-Geral da União quando determinado pelo Advogado-Geral da União. Parágrafo único. Na hipótese dos incisos II e III do *caput*, as atividades conciliatórias serão supervisionadas pela CCAF.” O Ato Regimental nº 5, de 27/09/2007, por sua vez, ao disciplinar a competência, a estrutura e o funcionamento da Consultoria-Geral da União, bem como as atribuições de seu titular e demais dirigentes, determina em seu art. 17, com a redação dada aos incisos I e III pelo Ato Regimental 02/09: “compete à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF: I - identificar as controvérsias jurídicas entre órgãos e entidades da Administração Federal, bem como entre esses e os Estados ou Distrito Federal, e promover a conciliação entre eles; III - sugerir ao Consultor-Geral da União, se for o caso, a arbitragem das controvérsias não solucionadas por conciliação; e IV - supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito de outros órgãos da Advocacia-Geral da União”.

⁷¹⁹ A título ilustrativo da atuação da CCAF na mediação de conflitos entre entes públicos, veja-se a seguinte notícia: “Homologado pelo Ministro da AGU o acordo firmado na CCAF entre a ANTAQ e o Estado do Rio Grande do Sul sobre o Projeto de Revitalização do Cais Mauá em Porto Alegre – Foi homologado pelo Ministro da AGU Luis Inácio Lucena Adams o acordo firmado entre a ANTAQ e o Estado do Rio Grande do Sul que põe fim à controvérsia sobre o Projeto de Revitalização do Cais Mauá em Porto Alegre. A licitação

No aspecto arbitral propriamente dito é que, a nosso ver, encontrar-se-ia óbice à atuação da CCAF. Para fins de ilustração, voltemos ao caso da contenda entre CADE e BACEN.

À época em que a divergência de posicionamentos entre o CADE e o BACEN foi explicitada, não havia ainda sido criada a CCAF, mas, da mesma forma como um parecer normativo não se mostrava, a nosso ver, o instrumento adequado para solucionar a controvérsia – em que pese o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁷²⁰ em sentido contrário – uma decisão em conflito arbitral por parte da CCAF também não o seria. A AGU não tem atribuição legal para conferir competências ou reconhecer a incompetência das entidades administrativas com autonomia reforçada no âmbito da Administração Pública; tais eventuais conflitos devem ser dirimidos apenas pelo Poder Judiciário, conforme adiante se justificará.

5.4.2 Solução harmoniosa: os convênios

Os convênios constituem formas de parcerias institucionais entre entes da Administração Pública (ou com entidades privadas sem finalidade lucrativa). São características inerentes aos convênios (i) a comunhão de interesses entre os convenientes, enquanto nos contratos geralmente há interesses contrapostos (a bilateralidade e

do Projeto de Revitalização do Cais Mauá havia sido impugnada na justiça pela ANTAQ pelo fato de o Projeto não ter sido previamente aprovado pela Agência, tal como determina a legislação portuária, além de haver várias divergências entre o que determina a lei e o contrato que então se pretendia assinar. O processo foi ajuizado primeiramente perante a Justiça Federal do Rio Grande do Sul, que se entendeu incompetente para o julgamento da causa, motivo pelo qual a questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal. Como a essa altura a licitação já havia sido concluída e o contrato assinado, o Ministro Relator no STF, com a concordância das partes, determinou a suspensão do contrato para que a questão fosse submetida à conciliação perante a Câmara de Conciliação da Administração Federal, por se tratar de controvérsia entre Autarquia Federal (ANTAQ) e Estado (RS). Após diversas reuniões a conciliação chegou a bom termo. Foi elaborado um termo aditivo ao contrato do Projeto de Revitalização por meio do qual são acrescentadas as cláusulas essenciais previstas na legislação ao contrato original, é regularizada a submissão do arrendamento à regulação pela ANTAQ, além de garantir-se que a participação do Governo no negócio se reverta em investimento no Porto de Porto Alegre, de modo que o Porto possa atender com eficiência as necessidades da comunidade portoalegrense. Os valores estimados são de quatrocentos milhões de reais de investimento e de dois milhões e meio de reais anuais para o porto. O acordo precisa ainda ser homologado pelo Supremo Tribunal Federal para que a ação judicial seja encerrada”. Notícia datada de 03.10.2011, disponível em http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=167444&id_site=14691. Acesso em 11.11.2011.

⁷²⁰ REsp 1.094.218 / DF.

comutatividade próprias dos contratos); (ii) a busca, portanto, de finalidades semelhantes (“resultados comuns”); e (iii) a ausência de prazo determinado aos convênios que, mesmo quando tenham um termo final previsto, essa determinação, salvo casos específicos, não impede a sua denúncia unilateral e imotivada a qualquer tempo.⁷²¹

Quando se alude a formas de superação de dificuldades organizacionais no seio da Administração Pública, não é raro fazer-se menção à figura emblemática dos convênios, como meio de melhorar fluxo de informações, ratear os gastos necessários à implementação de um objetivo de política pública comum, e outras necessidades enfrentadas por órgãos e entidades que devam se colocar de acordo para melhor manejar os interesses públicos que lhes compete tutelar. Os órgãos de defesa da concorrência brasileiros historicamente firmaram vários convênios com entidades reguladoras setoriais para troca de informações, dados e experiências, o que, aliás, revela-se uma atitude bastante salutar.⁷²²

No entanto, os convênios não são mecanismos eficazes para colocar termo a dúvidas em caso de conflitos de competência. O CADE e a ANEEL não têm legitimidade para, por hipótese, reunirem-se e decidir, em caráter definitivo, se a Lei 9.427/96 instituiu um modelo de complementaridade de atribuições entre essas entidades, uma situação de competências concorrentes ou, ainda, de isenção antitruste. Falta-lhes, a esse respeito, o elemento primeiro norteador do ato administrativo: a competência.

Nesse sentido, cumpre lembrar o entendimento de Maria Sylvia Zanella di Pietro quando, ao contestar a legitimidade da ANEEL, da ANATEL e da ANP para editarem as Resoluções Conjuntas 001/99 e 002/01, em especial no que diz respeito à criação de uma Comissão de Resolução de Conflitos para arbitrar divergências de compartilhamento de

⁷²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na Administração Pública*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 247. Especificamente sobre a possibilidade de denúncia unilateral imotivada, observa Edmir Netto de Araújo constarem, dentre as características inerentes aos convênios, “a inadmissibilidade de cláusula de permanência obrigatória (os convenientes podem denunciá-lo antes do término do prazo de vigência, promovendo o respectivo encontro de contas) e de sanções pela inadimplência (exceto eventuais responsabilidades funcionais que, entretanto, são medidas que ocorrem fora da avença)”. NETTO DE ARAÚJO, Edmir. *Curso de direito administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 690.

⁷²² Essa possibilidade é reforçada pelo art. 19 da nova lei concorrencial, que expressamente prevê, em seu § 1º, que: “Para o cumprimento de suas atribuições, a Secretaria de Acompanhamento Econômico poderá: I – requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso; II – celebrar acordos e convênios com órgãos ou entidades públicas ou privadas, federais, estaduais, municipais, do Distrito Federal e dos Territórios para avaliar e/ou sugerir medidas relacionadas à promoção da concorrência”.

infraestrutura entre agentes atuantes nos setores de telecomunicações, energia elétrica, petróleo e gás natural, lembrou que nenhuma lei previa a existência desse órgão conjunto e que os entes administrativos não podem outorgar competências a si próprios: competências têm sede legal.⁷²³

Em segundo lugar, do ponto de vista do agente econômico, caso se permitisse que um convênio solucionasse conflitos de atribuições entre agências reguladoras e CADE, essa solução esbarraria em vício de legalidade. De fato, suponha-se, por hipótese, que houvesse dúvida sobre se atos de concentração envolvendo a aquisição de controle de distribuidoras de energia elétrica tivessem ou não de ser submetidos ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Certamente essa dúvida não poderia ser sanada por um convênio que viesse a ser firmado entre a ANEEL e o CADE para estabelecer essa competência, pois, nem as autarquias podem se auto-outorgar competências ou a elas renunciar, nem podem, por meio de convênio, impor aos particulares novas obrigações que não tenham embasamento legal.

Ausente um dispositivo legal cogente que obrigue à notificação de uma operação como ato de concentração, bem como determine que os agentes se submetam à incerteza quanto ao resultado do seu julgamento,⁷²⁴ não poderia tal obrigação ser criada por meio de mero convênio, sob pena de violação do princípio da legalidade, tanto na sua vertente negativa (não se pode obrigar o agente privado a se subordinar a comandos administrativos sem prévia lei que os legitime), quer no aspecto positivo (entidades administrativas só podem agir e, portanto, cobrar ações ou abstenções dos administrados, se previamente previstas ou autorizadas por lei).

⁷²³“As três Agências baixaram as Resoluções Conjuntas, provavelmente partindo da premissa de que lhes cabe compor conflitos de interesse dentro de seus respectivos setores. (...) Note-se que as três leis dão a cada uma das Agências competência para dirimir os conflitos entre prestadores dos serviços específicos que lhes estão afetos e em relação aos quais desempenham função reguladora. Não há em nenhuma das leis referência a um órgão constituído por membros das três Agências, para dirimir conflitos entre agentes prestadores de serviços de áreas diversas. Não é demais lembrar que todas as competências exercidas por órgãos ou entidades integrantes da Administração Pública são definidas em lei”. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na Administração pública*, p. 439. Em sentido contrário, entendendo ser válidas as Resoluções, que instituiriam uma via administrativa de solução na forma de um procedimento para celebração de contrato coativo, sem pretender substituir a possibilidade de as partes recorrerem ao Poder Judiciário para solução de suas controvérsias, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, pp. 481/482.

⁷²⁴ Embora, logicamente, temperada, no que tange às chances de êxito, pelo grau de concentração decorrente da operação, barreiras à entrada nos mercados afetados, graus de rivalidade antes e após o ato, eficiência decorrentes da operação.

Também não prosperaria, a nosso ver, uma alegação de que o convênio não estaria criando obrigações, mas apenas interpretando leis preexistentes. Se houver leis prévias, terão sido essas que terão fixado a competência dos entes litigantes, e não o convênio que, no máximo, poderá fixar procedimentos de materialização das atribuições legalmente já estabelecidas. Se leis não há, ou se a interpretação delas não resulta clara, não caberá a instrumentos consensuais, precários e revogáveis como os convênios fixar tal interpretação.

Dessa forma, apesar de se acreditar na utilidade dos convênios como forma de racionalizar trâmites no âmbito da Administração Pública e incentivar o fluxo de informações relevantes, a fim de que cada órgão ou ente possa melhor desempenhar as funções que leis já lhes atribuíram, não seriam os convênios meios adequados para se decidir se um setor da economia se sujeita ou não ao crivo do CADE, ou se uma determinada conduta – autorizada pelo ente regulador, mas repugnada pelo CADE – pode ou não ser efetivamente praticada.

Por fim, é preciso mencionar que, institucionalmente, a solução dessas questões por meio de previsões legais é a maneira correta de se estabelecer a relação de competências entre agências reguladoras e concorrenciais. No entanto, se o ordenamento jurídico apresentar lacunas, omissões ou redação dúbia caberá tão-somente ao Poder Judiciário elucidar a dúvida.

5.4.3 Solução judicial

Tendo em vista termos afastado, nos tópicos anteriores, a possibilidade de eventuais dúvidas acerca dos limites de competência entre entidades reguladoras e o CADE serem solucionadas por meio da AGU (em sede federal) ou de convênios, resta, então, a solução judicial. Com efeito, no Brasil, dado o princípio da unidade de jurisdição, compete sempre ao Poder Judiciário dizer, em última instância, qual é o melhor direito.⁷²⁵

⁷²⁵ Após mencionar que os casos de competências concorrentes, na maior parte das vezes, envolvem, em realidade, um problema de omissão ou falha legislativa na definição clara de atribuições, Floriano de Azevedo Marques Neto sustenta que caberá ao Poder Judiciário dirimir a controvérsia: “O modelo de atuação concomitante peca por se basear na sobreposição de competências, o que acarreta insegurança jurídica e ineficiência regulatória. Este modelo é normalmente ditado não por uma expressa atribuição de competências

Nos termos do art. 105, I, 'g', da Constituição Federal, compete ao Superior de Justiça julgar “os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União”. Dessa forma, se a divergência de atribuições residir entre o CADE e qualquer outro ente da União Federal, inclusive as agências reguladoras, a competência para dirimi-la será do STJ. Essa poderia ter sido, a nosso ver, a solução adotada no caso CADE v. BACEN. No entanto, por razões processuais – o impetrante opôs-se à decisão do CADE em um caso concreto, mediante impetração de mandado de segurança, não sendo a solução do conflito de competências, em si, o objeto da lide – o caso teve sua tramitação judicial iniciada na 1ª instância federal.

Por sua vez, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar originalmente “as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta” (art. 102, I, 'f', CF/88).

Assim, caso seja suscitado um conflito de competências entre o CADE e um Estado da federação, ou ainda entre o CADE e uma entidade regulatória estadual, a competência para solucionar essa lide, e decidir acerca de existir ou não competência do CADE para julgar casos envolvendo o setor regulado estadual, será do STF.⁷²⁶

concorrentes pelo legislador, mas fruto de certa omissão em precisá-las, gerando uma zona de competências implícitas e sobrepostas. Neste contexto, sempre que advir o exercício simultâneo de competências com decisões contraditórias, restará ao Judiciário o papel de árbitro da incidência do direito concorrencial, trazendo ainda mais confusão por o setor”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A articulação entre regulação setorial e regulação antitruste, p. 82. Em sentido contrário, sustentando que o Poder Judiciário não seria o fórum adequado para solucionar eventuais conflitos entre entidades regulatórias, manifestou-se Gustavo Binenbojm, “as disputas entre a ANP e reguladoras estaduais no setor, por exemplo, de gás natural e as disputas entre CADE e BCB (Banco Central do Brasil) em relação a atos de concentração no setor financeiro são exemplos de risco regulatório incrementado por um modelo policêntrico, em que cada ente autônomo se arroga a competência e ao final há que se dar uma decisão. E, francamente, não acho que o Poder Judiciário seja o mais preparado e técnico para proferir essa decisão. Acho que um órgão intergovernamental, com um certo distanciamento do governo, teria melhor qualidade para definir isso”. SALGADO, Lucia Helena (org.). *Marcos regulatórios no Brasil: judicialização e independência*, p. 43.

⁷²⁶ Veja-se, nesse sentido, decisão do STF reconhecendo sua competência para solucionar controvérsia entre a OAB, reconhecida, para efeitos do julgamento, como entidade pública federal, e o Estado de São Paulo, tendo por objeto questionamento quanto a ato administrativo do Tribunal de Justiça de São Paulo, referente à análise de listas sêxtuplas para preenchimento do quinto constitucional: “Supremo Tribunal Federal. Competência originária: mandado de segurança em que autarquia federal (OAB) controverte com Estado-membro, pelo órgão mais alto de um dos seus poderes, o Tribunal de Justiça, sobre suas respectivas atribuições constitucionais (questão relativa ao “quinto constitucional”): controvérsia jurídica relevante sobre demarcação dos âmbitos materiais de competência de entes que compõem a Federação, que atrai a competência originária do Supremo Tribunal” (CF, art. 102, I, f); precedentes (MS 25624 QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2005). No mesmo sentido, em conflito de competência para decidir controvérsia entre empresa pública federal (ECT) e Estado-membro, o STJ, no mesmo sentido, decidiu: “Constitucional. Competência. Supremo Tribunal Federal. Ação cível originária.

A Súmula 511 do STF, por sua vez, fixou o entendimento de que é competência da justiça federal julgar controvérsias entre autarquias federais e entidades municipais, nos seguintes termos: “Compete à Justiça Federal, em ambas as instâncias, processar e julgar as causas entre autarquias federais e entidades públicas locais, inclusive mandados de segurança, ressalvada a ação fiscal, nos termos da Constituição Federal de 1967, art. 119, § 3º”. O Supremo Tribunal Federal já decidiu em distintas oportunidades que não lhe compete resolver conflitos que envolvam entidades federais e os municípios.⁷²⁷

Art. 102, I, ‘F’, da Constituição do Brasil. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT. Empresa pública. Prestação de serviço postal e correio aéreo nacional. Serviço público. Art. 21, X, da Constituição do Brasil. 1. A prestação do serviço postal consubstancia serviço público [art. 175 da CB/88]. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é uma empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, como tal tendo sido criada pelo decreto-lei nº 509, de 10 de março de 1969. 2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal declarou, quando do julgamento do RE 220.906, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ 14.11.2002, à vista do disposto no artigo 6º do decreto-lei nº 509/69, que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é ‘pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, que explora serviço de competência da União (CF, artigo 21, X)’. 3. Impossibilidade de tributação de bens públicos federais por Estado-membro, em razão da garantia constitucional de imunidade recíproca. 4. O fato jurídico que deu ensejo à causa é a tributação de bem público federal. A imunidade recíproca, por sua vez, assenta-se basicamente no princípio da Federação. Configurado conflito federativo entre empresa pública que presta serviço público de competência da União e Estado-membro, é competente o Supremo Tribunal Federal para o julgamento da ação cível originária, nos termos do disposto no artigo 102, I, ‘f’, da Constituição. 5. Questão de ordem que se resolve pelo reconhecimento da competência do Supremo Tribunal Federal para julgamento da ação” (ACO 765 QO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2005). No mesmo sentido manifestou-se Sergio Guerra, Competências e conflitos de atribuições entre as agências, p. 149.

⁷²⁷ “Ação civil originária. Infraero contra município. Imunidade recíproca. Ausência de conflito federativo. Literalidade da competência originária do Supremo Tribunal Federal. Art. 102, I, ‘f’. Agravo regimental não provido. 1. Não compete a esta Corte, em sede originária, processar e julgar causas que antagonizem empresa pública federal a município. A literalidade do art. 102, I, ‘f’, da Constituição não indica os municípios no rol de entes federativos aptos a desencadear o exercício da jurisdição originária deste Tribunal. 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, “[a] aplicabilidade da norma inscrita no art. 102, I, f, da Constituição estende-se aos litígios cuja potencialidade ofensiva revela-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação” (ACO 1.048-QO, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ de 31/10/07). Contudo, esse entendimento não tem o efeito de ampliar a competência definida no art. 102, I, ‘f’, da Carta Magna, às causas envolvendo municípios. 3. Diferença entre conflito entre entes federados e conflito federativo: enquanto no primeiro, pelo prisma subjetivo, observa-se a litigância judicial promovida pelos membros da Federação, no segundo, para além da participação desses na lide, a conflituosidade da causa importa em potencial desestabilização do próprio pacto federativo. Há, portanto, distinção de magnitude nas hipóteses aventadas, sendo que o legislador constitucional restringiu a atuação da Corte à última delas, nos moldes fixados no Texto Magno, e não incluiu os litígios e as causas envolvendo municípios como ensejadores de conflito federativo apto a exigir a competência originária da Corte. Precedente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (ACO 1295 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 14/10/2010). No mesmo sentido, COMPETÊNCIA – CONFLITO FEDERATIVO – ALCANCE DA ALÍNEA ‘F’ DO INCISO I DO ARTIGO 102 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A competência prevista na alínea ‘f’ do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal envolve causas e conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta, não alcançando relação jurídica subjetiva processual a revelar como parte Município” (ACO 1342 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2010).

Portanto, se dúvida houver quanto à competência do CADE para decidir uma questão concorrencialmente relevante, tendo em consideração as competências atribuídas a um órgão ou entidade reguladora municipal, a solução competirá à Justiça Federal em primeira instância.

Por vezes se levantam argumentos de que o Poder Judiciário não teria o conhecimento técnico necessário para decidir as complexas questões regulatórias e concorrenciais. A nosso ver, referido argumento não merece prosperar, seja porque de nada adianta argumentar contrariamente ao princípio da unicidade de jurisdição, seja porque não concordamos com o seu fundamento.

A verdadeira razão pela qual o Poder Judiciário deve, em regra, abster-se de decidir temas que foram solucionados no âmbito das entidades administrativas especializadas, sejam as agências, seja o CADE, reside ainda em um elogio ao princípio da separação dos poderes, segundo o qual a administração de ofício das tarefas estatais compete ao Poder Executivo e não às cortes judiciais.

No entanto, se na realização de suas atividades interpretações conflituosas e inconciliáveis se colocarem entre entidades da Administração Pública dotadas de autonomia reforçada, como o são o CADE e as agências reguladoras, parece-nos que o Poder Judiciário será o foro adequado para dirimi-las.⁷²⁸

A manifestação do Poder Judiciário poderá ser suscitada pelo próprio CADE;⁷²⁹ pelo Ministério Público;⁷³⁰ por associações interessadas no reconhecimento da prática

⁷²⁸ A nosso ver, sequer seria necessária a criação de varas especializadas em matéria regulatória ou concorrencial, sendo interessante e suficiente a existência de varas, câmaras e turmas especializadas em direito público ou administrativo.

⁷²⁹ Afirmando a legitimidade ativa do CADE para propositura de demandas visando à tutela de direitos difusos, ver MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: RT, 1991, p. 170. Com relação ao CADE, é preciso lembrar que a sua representação judicial é geralmente realizada por procuradores federais que integram a AGU, o que pode suscitar dificuldades quando o tema controvertido diga respeito à preservação das competências do ente em relação a entendimentos que tenham sido manifestados pela própria AGU em outros contextos. Exemplo de situação em que isso ocorreu foi na própria discussão acerca da competência para decidir sobre atos de concentração no setor bancário, que foi objeto do parecer AGU 20/01, cujas conclusões foram contestadas pelo CADE. No âmbito da Lei 8.884/94, a dificuldade era superada pelo fato de que o Procurador-Geral do CADE ser um cargo de livre nomeação e dotado de mandato (art. 11); portanto, não subordinado ao Advogado-Geral da União. Na Lei 12.529/2011 é mantida a autonomia do Procurador-Chefe do CADE: “Art. 16. O Procurador-Chefe será nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovado pelo Senado Federal, dentre cidadãos brasileiros com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório conhecimento jurídico e reputação ilibada. § 1º O Procurador-Chefe terá mandato de 2 (dois) anos, permitida sua recondução para um único período”.

anticoncorrencial; bem como por toda e qualquer pessoa que possa beneficiar-se do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da norma regulatória, ou na solução do conflito de competências porventura vislumbrado.

⁷³⁰ No julgamento do Recurso Especial 677.585, o Ministro Relator Luiz Fux destacou que “O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social, não se limitando à ação de reparação de danos. Em consequência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público (neste inserido o histórico, cultural, urbanístico, ambiental, etc.), sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade), bem como à defesa da ordem econômica, consoante dispõe o parágrafo único do art. 1º da Lei 8.884/94” (STJ, Primeira Turma, j. em 06.12.2005).

Conclusão

O sistema jurídico estabiliza relações sociais e, igualmente, propicia a sua transformação.⁷³¹ Nesse sentido, concorrência e regulação são instrumentos de intervenção do Estado na economia, consagrados por normas jurídicas, com vistas a permitir o desenvolvimento socioeconômico do país.

A formulação de políticas públicas condicionadoras da liberdade de iniciativa formaliza-se em instrumentos de criação de direito (especialmente nas leis, mas também em normas infralegais) que têm por finalidade permitir a densificação das escolhas fundamentais da sociedade compiladas na Constituição Federal.

O administrador público, por sua vez, na constante busca por concretizar as finalidades das leis que lhe atribuem competências regulatórias e, com isso, propiciar aumento de bem-estar social, necessita decidir em que situações as normas de defesa da concorrência necessitarão ser sopesadas com outros valores sociais e, eventualmente, ter a sua aplicação afastada.

Existe, em princípio, um *trade off* entre regulação econômica – especialmente no que tange à definição de preços ou quantidades – e defesa da concorrência. Quanto mais um mercado é controlado de forma cogente pelo poder público no que tange a esses elementos fundamentais e estruturantes, menores são os espaços deixados às liberdades de iniciativa e concorrência. E, conseqüentemente, menor se torna a possibilidade de intervenção da autoridade antitruste.

No capítulo II fizemos uma revisão da literatura sobre benefícios e riscos advindos da regulação da atividade econômica pelo Estado. Verificamos que, por vezes, a regulação pode ser buscada e mantida pela indústria, dando ensejo à aprovação de normas

⁷³¹ Conforme LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 153. Igualmente, nas palavras de Raffaele De Giorgi: “o direito não intervém nem age sobre a sociedade, porque ele é um sistema da comunicação social. (...) O direito é um sistema diferenciado da sociedade moderna, funcionalmente especificado, que estabiliza estruturas de expectativas e institucionaliza a possibilidade de sua própria transformação”. DE GIORGI, Raffaele. Luhmann e a teoria jurídica nos anos 70. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 189. De outra perspectiva, Norberto Bobbio aponta para as funções repressiva e promocional do direito, esta última relacionada à possibilidade de o direito ser instrumento de fomento a práticas socialmente desejáveis, capazes de trazer maior qualidade de vida à sociedade como um todo. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*, ob. cit., *passim*.

regulatórias que, contrariamente ao interesse público, têm o efeito de reforçar o poder econômico mediante, por exemplo, regras protetivas contra o ingresso de novos entrantes.

Para evitar esse risco, faz-se importante que o desenho institucional de interação entre entidades reguladoras e concorrencial seja claramente estabelecido no ordenamento jurídico e efetivamente implementado, permitindo que se promova o diálogo tempestivo entre autoridades reguladoras e de defesa da concorrência, reduzindo-se as sobreposições de competências e as chances de decisões conflitantes, que propiciem um cenário de insegurança jurídica.

Apesar de o arranjo institucional de complementaridade de competências ser a concepção mais difundida no cenário nacional e internacional, o capítulo III permitiu-nos constatar que tanto nos Estados Unidos quanto na União Europeia foram desenvolvidos teorias e testes para se reconhecer que, por vezes, a regulação tem por objetivo substituir a concorrência e, assim, afastar a incidência das normas antitruste e a competência dos órgãos antitruste.

Verificou-se que, por vezes, o legislador ou o regulador editam regras que são incompatíveis com a existência de concorrência (por exemplo, quando decidem que haverá apenas um agente econômico no mercado ou fixam o preço da prestação de um determinado serviço); nesses casos, as autoridades de defesa da concorrência não têm função a desempenhar no caso concreto. Constatou-se, ainda, que o CADE costuma utilizar esses testes desenvolvidos no direito estrangeiro quando julga casos envolvendo setores regulados, com especial ênfase para a doutrina da *State action* norte-americana e para os ditames de proporcionalidade, que são mais próprios do direito comunitário europeu.

Em seguida, a tese discorreu sobre a interface entre concorrência e regulação no direito brasileiro, tendo-se constatado que essa discussão é tributária da nova Ordem Constitucional Econômica inaugurada em 1988 e do processo de desestatização e reforma do Estado vivenciado ao longo dos anos 90. Nesse processo, a introdução de concorrência foi alçada a um dos pilares da regulação dos setores de infraestrutura, cuja decisão de delegação à iniciativa privada veio acompanhada de uma determinação de desverticalização dessas indústrias, a fim de permitir a introdução de competição nos segmentos que não se caracterizassem como monopólio natural.

No que tange à sua vertente empírica, a pesquisa analisou 186 decisões do CADE em setores regulados de infraestrutura que possuem, em pelo menos um segmento da cadeia produtiva, a falha de mercado conhecida como monopólio natural.

Essa investigação permitiu concluir que, em termos percentuais, a quantidade de casos em que houve imposição de condições à aprovação de atos de concentração, nesses setores, mostra-se semelhante ao percentual de intervenções efetuadas pelo CADE na generalidade dos mercados. A pesquisa encontrou restrições a operações ocorridas nos setores de concessão de ferrovias, arrendamento portuário, concessão de rodovias, aéreo e telefonia fixa.

No que se refere a condutas anticompetitivas, observou-se que, entre condenações e celebração de Termos de Compromisso de Cessação de Prática (TCCs), o CADE interveio em um percentual maior de condutas investigadas no âmbito de processos administrativos sancionadores do que se observa historicamente na generalidade dos mercados. Além de ter determinado a cessação da cobrança de tarifa portuária dos terminais alfandegados aos retroalfandegados (THC2), o CADE condenou o cartel da ponte aérea Rio – São Paulo e, ainda, obteve de companhias de telefonia fixa compromissos de não-discriminação no acesso a redes de telecomunicações.

Em termos qualitativos, a pesquisa apresentou algumas conclusões a partir dos julgados analisados e algumas perspectivas para os próximos anos, especialmente tendo em vista a promulgação da Lei 12.529/2011.

Demonstrou-se a relevância de se manter a competência do CADE sobre os setores de infraestrutura, tanto no aspecto preventivo quanto no repressivo, especialmente pelas relações verticais que podem ser observadas ao longo da cadeia produtiva, e, ainda, em razão das preocupações decorrentes da concentração de poder financeiro que caracteriza os grandes conglomerados. Nesse aspecto, comprovou-se a utilidade do sistema de complementaridade de atribuições, atribuindo-se ao CADE a aplicação da lei concorrencial e aos entes setoriais a regulação técnica e econômica.

No entanto, o trabalho constatou que o arranjo institucional estabelecido pela Lei 8.884/94 para atos de concentração não se apresentava eficiente, especialmente no que se refere à análise, *a posteriori*, dos contratos de concessão decorrentes de licitação, o que poderia desincentivar uma maior intervenção do ente concorrencial, dado o potencial

prejuízo ao interesse público de, por hipótese, ordenar-se o desfazimento de uma operação nesses casos.

Por outro lado, o novo regime inaugurado pela Lei 12.529/2011 corre o risco de não proteger suficientemente esses setores contra a formação de poder econômico, tendo em vista que o art. 90, parágrafo único, tornou-os imunes ao controle estrutural do CADE quando acordos associativos, consórcios e *joint ventures* forem firmados com o objetivo específico de participação em processos de desestatização, incluindo os contratos deles decorrentes.

É fato que a Lei 12.529/2011 incrementa o papel da SEAE de advocacia da concorrência junto aos setores regulados, tornando essa atribuição um mandamento legal cogente. Todavia, não há obrigatoriedade de manifestação das autoridades concorrenciais no que tange aos editais de licitação e aos processos de desestatização de serviços públicos e atividades econômicas monopolizadas, o que, a nosso ver, faz com que a argumentação de que o controle estrutural de concentrações seria desnecessário porque já seria realizado *ex ante*, pela SEAE, mediante advocacia da concorrência, mereça reparos.

A pesquisa demonstrou ainda que a legislação e a prática no âmbito das entidades reguladoras vêm paulatinamente reconhecendo a necessidade de se buscarem mecanismos institucionalizados que incrementem a participação das diferentes esferas da sociedade nos processos internos de tomada de decisão administrativa que afetem a atividade econômica, com vista a se evitar a edição de normas regulatórias deletérias à concorrência. Nesse sentido, como exemplos de medidas administrativas auxiliares à promoção da concorrência na tomada de decisões públicas relevantes em matéria regulatória, o trabalho destacou tanto o aprofundamento da advocacia da concorrência, pela SEAE, quanto as iniciativas de introdução da análise de impacto regulatório nos processos decisórios das agências reguladoras federais.

Por fim, buscamos demonstrar que, em caso de conflitos de competência ou decisões flagrantemente contraditórias e irreconciliáveis entre si, as controvérsias entre entidades reguladoras e concorrenciais deverão ser solucionadas pelo Poder Judiciário, não possuindo a Advocacia-Geral da União, face à sua subordinação ao Presidente da República, competência para discipliná-las.

Bibliografia

ABA Antitrust Section. *The Noerr-Pennington doctrine*. Chicago: American Bar Association, 1993, monograph n. 19.

AKERLOF, George A. e SHILLER, Robert. *Animal spirits: how human psychology drives the economy and why it matters for global capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

ALBUQUERQUE JUNIOR, Raimundo Parente de. *Juridicidade contra legem no processo administrativo: limites e possibilidades à luz da razoabilidade e da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra. Utilização de faixas de domínio, em rodovias concedidas, por outras concessionárias de serviço público. *Interesse público*, n. 9, 2001, p. 97/109.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Competências antitruste e regulações setoriais. *Revista do IBRAC*. São Paulo, IBRAC, v. 16, n. 1, 2009.

_____. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. In PECI, Alketa (org). *Regulação no Brasil: desenho, governança, avaliação*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. As ações do Ministério Público em matéria de regulação e a importância dos instrumentos consensuais. In RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *Ministério Público*. São Paulo: Atlas, 2010.

AREEDA, Phillip. Antitrust laws and public utility regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 3, n. 1 (Primavera, 1972); pp. 42/57.

_____; HOVENKAMP, Herbert. *Fundamentals of antitrust law*. Austin: Aspen Publishers, suplemento 2008, v. 1, §2.01.

ARIDA, Persio. A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ARRUÑADA, Benito e ANDONOVA, Veneta. Instituições de mercado e competência do Judiciário. In: ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ASCARELLI, Tulio. *Problemi giuridici*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1959.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Utilização da faixa de domínio de rodovia mediante passagem subterrânea de cabos ou dutos – possibilidade de cobrança. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, Malheiros, v. 31, 2001, p. 90/96.

BARROS, Pedro Pita. Relação entre autoridade da concorrência e autoridades setoriais. In: SOARES, António Goucha e LEITÃO, Maria Manuel (coord.). *Concorrência – estudos*. Coimbra: Almedina, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e municípios. *Interesse público*, n.14, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. O Brasil na Encruzilhada. In MARTINS, Ives Gandra (Coordenador). *Desafios do Século XXI*. São Paulo: Pioneira - Academia Internacional de Direito e Economia, 1997.

BECKER, Gary. A theory of competition among pressure groups for political influence. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 98, n. 3, ago 1983; pp. 371/400.

_____. Competition and democracy. *The Journal of Law and Economics*, v. 01 (Out. 1958); pp. 105/109.

BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Milão: CEDAM, 2000.

BERTI, Lapo. *Il mercato oltre le ideologie*. Milão: Università Bocconi Editore, 2006.

_____ e PEZZOLLI, Andrea. *Le stagioni dell'antitrust: dalla tutela della concorrenza alla tutela del consumatore*. Turim: Egea, 2010.

- BIANCO, Giovanni. *Constituzione ed economia*. Turim: G. Giappichelli Editore, 1999.
- BIGGAR, Darryl. When should regulated companies be vertically separated? In LAUDATI, Laraine; AMATO, Giuliano (ed.). *The anticompetitive impact of regulation*. Cheltenham: Edward Elgar, 2001.
- BILIERI, Mário Dittrich. A taxa de segregação no Porto de Santos e o conflito de competência entre autoridades administrativas. In: MOREIRA, Egon Bockmann e MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coords.). *Direito concorrencial e regulação econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BITTAR, Eduardo C.B. *Metodologia da pesquisa jurídica*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. São Paulo: Unesp, 2008.
- _____. *Da estrutura à função*. Barueri: Manole, 2007.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1999.
- _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Desenvolvimento e crise no Brasil: história, economia e política de Getulio Vargas a Lula*. 5ª ed. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.
- BRUNA, Sergio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*. São Paulo: RT, 2003.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CALLIARI, Marcelo e CIANFARANI, Joana. A defesa da concorrência no setor elétrico. In LANDAU, Elena (org.). *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

CAMPES, Claude. Les outils des régulations économiques *ex ante* et *ex post*. In FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Les engagements dans les systems de regulation*. Paris: Presses de Sciences Po et Dalloz, 2006, v. 4.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Teoria do direito e globalização econômica. In: SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____; VEIGA DA ROCHA, Jean Paul; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coords.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMPOS, Josefina Cortés. *Derecho administrativo y sector eléctrico*: elementos de regulación. México: Porrúa, 2007.

CAMPOS, Marcos Vinicius de. *Concorrência, cooperação e desenvolvimento*: do falso dilema entre competição ou cooperação ao conceito de concorrência cooperativa. São Paulo: Singular, 2008.

CARAVACA, Alfonso Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 2001.

CARAZZA DOS SANTOS, Bruno. Regulação e defesa da concorrência são realmente instrumentos complementares de política pública? Considerações sobre a experiência recente no setor de telecomunicações norte-americano, europeu e brasileiro. *Revista do IBRAC*. São Paulo, IBRAC, ano 14, n. 2, 2007, pp. 11/36.

CARVALHO, Vinicius Marques de. Regulação econômica e serviços públicos. In SCHAPIRO, Mario Gomes (coord). *Direito econômico regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHOSA, Modesto. *Direito econômico*. São Paulo: RT, 1973.

CELLI JUNIOR, Umberto. *Regras de concorrência no direito internacional moderno*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CHINAGLIA, Olavo Zago. *Anatel x Cade: Convergência institucional*. In CADE Informa n. 19. Disponível em <http://www.cade.gov.br/news/n019/artigo.htm>. Acesso em 29.11.2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin e RECK, Melina Breckenfeld. A Constituição Econômica e a interface entre regulação setorial e antitruste no direito brasileiro. *Revista do IBRAC*. São Paulo, IBRAC, v. 16, n. 1, 2009.

COASE, Ronald. *The firm, the market and the law*. Chicago: Chicago University Press, 1988.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMISSÃO EUROPEIA. *Impact assessment guidelines*. Bruxelas: Comissão Europeia, 15.01.2009.

Disponível em

em

http://ec.europa.eu/governance/impact/commission_guidelines/docs/iag_2009_en.pdf,

acesso em 30.10.2011.

_____. *Comunicação Da Comissão Inquérito nos termos do artigo 17.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 sobre os sectores europeus do gás e da electricidade (relatório final)*. Bruxelas, 10.01.2007, COM(2006) 851 final.

_____. *Livro branco sobre os serviços de interesse geral*. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, Bruxelas, 12.05.2004, COM(2004) 374 final.

_____. *Livro verde sobre serviços de interesse geral*, Bruxelas, 21.05.2003, COM(2003) 270, final.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONOMICA – CADE. *Relatório Anual 1998/99*. Brasília: CADE, 1999.

COOK, P., KIRKPATRICK, C., MINOGUE, M., and PARKER, D. *Leading Issues in Competition, Regulation and Development*. Disponível em http://www.competition-regulation.org.uk/publications/crc_books/Leading%20issues.pdf, acesso em 24.10.2008.

COOTER, Robert. The confluence of justice and efficiency in the economic analysis of law. In: ROWLEY, Charles; PARISI, Francesco. *The origins of law and economics*. Glos: Edward Elgar Publishing Limited, 2005.

COTTER, Thomas. Intellectual property and the essential facilities doctrine. *The Antitrust Bulletin*, v. XLIV, nº 01, 1999.

COSTABILE, Lilia. Il mercato. In: ACOELLA, Nicola (org.). *Istituzioni tra mercato e Stato*. Roma: Carocci, 1999.

COUTU, Michel. *Max Weber et les rationalités du droit*. Quebec: L.G.D.J., 1995.

CRAIN, William Mark and EKELUND, Jr, Robert. Chadwick and Demsetz on Competition and Regulation. *Journal of Law and Economics*, Vol. 19, No. 1 (Apr., 1976).

CROLEY, Steven. *Regulation and public interests: the possibility of good regulatory government*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

DE GIORGI, Raffaele. Luhmann e a teoria jurídica nos anos 70. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

DEL VECCHIO, Giorgio. Diritto ed economia. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, 1935.

DEMSETZ, Harold. Why regulate utilities? *Journal of Law and Economics*, Vol. 11, No. 1 (Apr., 1968).

DENOZZA, Francesco. Refusal to deal and IPRs. In: RAFFAELLI, Enrico Adriano. *Antitrust between EC Law and National Law*. Bruxelas: Établissements Émile Bruyland, 2003.

DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DI VIA, Luciano. *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.

DÍAZ, Jorge Mercado. *¿Pueden desarrollarse mercados competitivos de gas? Un estudio comparativo de gas natural en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

DROMI, Roberto. *Reforma del Estado y privatizaciones*. Buenos Aires: De Palma, 1991.

DUTRA, Pedro. *Conversando com o CADE*. São Paulo: Singular, 2009.

_____. Concorrência em mercado regulado: a ação da ANP. In _____. *Livre concorrência e regulação de mercados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ECONOMIDES, Nicholas. *Hit and miss: leverage, sacrifice, and refusal to deal in the Supreme Court Decision in Trinko*. New York University, Stern School of Business: NTE Institute, working paper 05-32, dezembro de 2005. Disponível em <http://www.netinst.org>, acesso em 09.01.2006.

ESTRELLA, Fernando Díez. ¿Quién aplica el derecho antitrust a la contratación pública? In TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA (coord.). *Crisis económica y política de la competencia: III Jornadas Nacionales de Defensa de la Competencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

FAGUNDES, Jorge *et al.* Setor portuário brasileiro: regulação e indicadores. *Revista do IBRAC*, São Paulo, RT, n. 18, jul/dez 2010; pp. 142/184.

FARACO, Alexandre Ditzel. Regulação das telecomunicações: entre concorrência e universalização. In SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Regulação e direito concorrencial: as telecomunicações*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FARENA, Duciran van Marsen. Serviços públicos, regulação e concorrência. In ROCHA, João Carlos de Carvalho et alli (coords.). *Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso do poder econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Democracia sem política? Estado e mercado na globalização econômica. In CAMPILONGO, Celso. *A democracia global em construção*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

FERRARESE, Maria Rosaria. *Diritto e mercato: il caso degli Stati Uniti*. Turim: G Giappichelli Editore, 1992.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Concorrência como tema constitucional: política de Estado e de Governo e o Estado como agente normativo e regulador. *Revista do IBRAC*. São Paulo, IBRAC, v. 16, n. 1, 2009.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FOREMAN-PECK, J. Natural Monopoly and Railway Policy in the Nineteenth Century. *Oxford Economic Papers*, New Series, Vol. 39, No. 4 (Dec., 1987).

FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998.

_____. Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação? *Revista de direito mercantil*. São Paulo: Malheiros, v. 139; pp. 242/256.

_____. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: RT, 2009

FRAQUELLI, Giovanni, I servizi idrici. In GRASSINI, Franco *et al.* *La concorrenza nei servizi di pubblica utilità*. Roma: Il Mulino, 1998.

FRIEDMAN, Lawrence. On regulation and legal process. In: NOLL, Roger G. *Regulation policy and the social science* (ed.). Berkeley: University of California Press, 1985.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Le couple ex ante – ex post, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation. In _____. (org.). *Les engagements dans les systems de regulation*. Paris: Presses de Sciences Po et Dalloz, 2006, v. 4.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

_____. *Regulação jurídica das rodovias concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

_____. Conflito de competência entre o CADE e as agências reguladoras que atuam no campo dos serviços públicos. *Revista da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, v. XI; pp. 233/249.

GARCÍA, Isabel Sánchez. Los mercados sectoriales y la competencia. In TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA (coord.). *Crisis económica y política de la competencia: III Jornadas Nacionales de Defensa de la Competencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

GARCÍA-MORATO, Lucía Lopez e ORTIZ, Gaspar Ariño. *La competencia en sectores regulados: regulación empresarial y mercado de empresas*. 2ª ed. Granada: Comares, 2003.

GIANNINI, Massimo Severo. *Il pubblico potere: Stati e amministrazioni pubbliche*. Bolonha: Il Mulino, 1986.

GOETZ, Charles; McCHESNEY. *Antitrust law: interpretation and implementation*. 2nd ed. São Francisco: LexisNexis, 2002.

GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Singular, 2006.

GONÇALVES, Priscila Brolio. Defesa da concorrência nos mercados de telefonia fixa local no Brasil: 10 anos de coexistência entre o diploma antitruste e a Lei Geral de Telecomunicações. *Revista do IBRAC*. São Paulo, IBRAC, v. 15, n. 1, 2008, pp. 189/218.

GRAU, Eros Roberto. “As agências, essas repartições públicas”. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Mercado, Estado e Constituição. In NUNES, Antonio José Avelãs e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Diálogos constitucionais Brasil / Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____ e FORGIONI, Paula. Lei antitruste e sistema portuário brasileiro: competência dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e do Conselho da Autoridade Portuária. In: _____. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____ e _____. Lei antitruste e leis que autorizam práticas restritivas da concorrência: a Lei Ferrari. In: _____. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAZIANI, Enrico. *Il mercato tra diritto, economia e politica: considerazioni sull'analisi economica del diritto*. Turim: G Giappicheli Editore, 2005.

GUASCH, J. Luis e HAHN, Robert. W. The costs and benefits of regulation: implications for developing countries. *The World Bank Research Observer*, v. 14, n. 1, fevereiro 1999.

GUERRA, Sergio. *Discrecionalidade e reflexividade*. Belo Horizonte, Fórum, 2009.

_____. *Controle judicial de atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

_____. Competências e conflitos de atribuições entre as agências. In SARAVIA, Enrique; PECI, Alketa; BRASÍLICO, Edson Américo. *Regulação, defesa da concorrência e concessões*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

GUIMARÃES, Eduardo Augusto. Regulação no setor de transporte terrestre no Brasil. In SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HALLIDAY, Simon; SCOTT, Colin. Administrative justice. In CANG, Peter; RITZER, Herbert. *The Oxford handbook of empirical legal research*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

HANDLER, Milton; PITOFSKY, Robert; GOLDSCHMID, Harvey; WOOD, Diane. *Trade regulation: cases and materials*. 4a ed., 3a reimpressão. Nova Iorque: The Foundation Press, 2001.

HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. *Law and administration*. 2a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

HARRISON, Jeffrey L; MORGAN, Thomas; VERKUIL, Paul. *Regulation and deregulation: cases and materials*. 2ª ed. Saint Paul: West Publishing Co., 2004.

HAYEK, Friedrich. The use of knowledge in society. In: *Individualism and economic order*. London: Routledge & Kegan Paul Ltd., 1949.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy*. 2ª. ed. St. Paul: West Group, 1999.

HUNTINGTON, Samuel. The maramus of the ICC: The Commission, the railroads, and the public interest. *The Yale Law Journal*, v. 61, n. 4, abril de 1952; pp. 467/509.

HYLTON, Keith. *Antitrust law: economic theory & common law evolution*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. Roma: Laterza, 2004.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições regulatórias à concorrência*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JOSKOW, Paul. Mixing regulatory and antitrust policies in the electric power industry: the price squeeze and retail market competition. In FISHER, Franklin (ed.). *Antitrust and regulation: essays in memory of John J. McGowan*. London: The MIT Press, 1985.

JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2008.

_____. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LA CASTA, Eduardo Salinas. El mercado de la energía: visión desde el regulador sectorial. In TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA (coord.). *Crisis económica y política de la competencia: III Jornadas Nacionales de Defensa de la Competencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Servicios de interés económico general*. Navarra: Aranzadi, 2009.

_____. *Telecomunicaciones: regulación y mercado*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2004.

LANDAU, Elena e SAMPAIO, Patrícia. A regulação do setor elétrico em uma visão introdutória. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação do setor de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

LAUDATI, Laraine; AMATO, Giuliano (ed.). *The anticompetitive impact of regulation*. Cheltenham: Edward Elgar, 2001.

LEBBOS, Carolina Moura. Divisão de competências e articulação entre reguladores setoriais e órgãos de defesa da concorrência. In: MOREIRA, Egon Bockmann e MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coords.). *Direito concorrencial e regulação econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEITE DE FARIAS, Sara Jane. *Regulação jurídica dos serviços autorizados*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

LEVINE, Michael e FORRENCE, Jennifer. Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis. *Journal of Law, Economics, & Organization*, Oxford, Oxford University Press, v. 6, Special Issue: [Papers from the Organization of Political Institutions Conference, April 1990] (1990), pp. 167-198.

LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, v.1 – Das origens à escola histórica.

LOSS, Giovani Ribeiro. *A regulação setorial do gás natural*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

LUBAMBO DE MELO, Murilo Otávio. Defesa da concorrência em setores regulados: limites e potencialidades do direito concorrencial. *Revista do IBRAC*. São Paulo, IBRAC, v. 13, n. 1, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

LUSTOSA DA COSTA, Frederico. *Reforma do Estado e contexto brasileiro*: crítica do paradigma gerencialista. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: RT, 1991.

MANDELKERN GROUP ON BETTER REGULATION. *Mandelkern Group on Better Regulation – Final Report*. 13 de novembro de 2001. Disponível em http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf. Acesso em 31.10.2011.

MANKIW, Gregory. *Introdução à economia*: princípios de micro e macro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Serviço portuário e concorrência: equilíbrio competitivo entre o regime público e o privado. *Revista do IBRAC*. São Paulo, IBRAC, ano 15, n. 4, 2008, pp. 149/176.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; SIMÕES DE ALMEIDA, João Paulo; FORTE, André Matos. *Concorrência e regulação* (a relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Setorial). Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. O marco legal do saneamento no Brasil. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 6, n. 63, p. 7247-7293, maio 2006.

_____. A articulação entre regulação setorial e regulação antitruste. *Regulação Brasil*. Porto Alegre: ABAR, 2005, n. 1, ano 1.

_____. Regulação e poder de polícia no setor de gás. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, Fórum, n. 06, abri/jun 2004, pp. 97/125.

_____. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Algumas notas sobre a concessão de rodovias. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, NDJ, 2001, p. 245/257.

MARTINEZ, Ana Paula. Análise de custo-benefício na adoção de políticas públicas e desafios impostos ao seu formulador. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, v. 251, maio-agosto 2009.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006.

MATOS FILHO, José Coelho e OLIVEIRA, Carlos Wagner de A. “O processo de privatização das empresas brasileiras”. Rio de Janeiro: IPEA, Texto de discussão nº 422, p. 11. Disponível em www.ipea.gov.br, acesso em 10.02.2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

McNUTT, Patrick. *Law, economics and antitrust towards a new perspective*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2005.

MEDAUAR, Odete. Serviços públicos e serviços de interesse econômico geral. In MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo* (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MELO, Elbia e PAZZINI, Luiz Henrique Alves. A indústria de energia elétrica brasileira: reflexões sobre regulação e defesa da concorrência. *Revista do Direito da Energia*. São Paulo: IBDE, n. 10, 2010.

MESTMÄCKER, Ernst Joachim. Poder, Direito, Constituição Econômica. *Revista do IBRAC*. São Paulo, v. 12, n. 4, 2005.

MONCADA, Luis Cabral de Oliveira. *Direito econômico*. Coimbra: Coimbra, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martins Claret, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MORRISON, Alan. The Administrative Procedure Act: A Living and Responsive Law. *Virginia Law Review*, vol. 72, No. 2, Mar. 1986.

NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência* (compartilhamento de infraestruturas e redes). São Paulo: Dialética, 2006.

NETTO DE ARAÚJO, Edmir. *Curso de direito administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOBRE, Marcos *et alli*. *O que é pesquisa em direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NORTH, Douglass. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Fundamentos para uma codificação do Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1995.

OCDE. *Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. Paris: OCDE/BID, 2010.

_____. / Regulatory Policy Committee. *Indicators of regulatory management systems – 2009 Report*. Disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/44/37/44294427.pdf>. Acesso em 31.10.2011.

_____. *Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. Paris: OCDE/IDB, 2005.

_____. *Public Procurement: The role of competition authorities in promoting competition*. OCDE, 2007. Disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/25/48/39891049.pdf>. Acesso em 20.10.2011.

_____. *Competition policy and concessions*. OCDE, maio 2007. Disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/12/47/38706036.pdf>. Acesso em 18.10.2011.

OGUS, Anthony. Comparing regulatory systems: institutions, processes and legal forms in industrialized countries. In COOK, Paul *et al* (ed.). *Leading issues in competition, regulation and development*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited, 2004.

_____. *Regulation: legal form and economic theory*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

OLIVEIRA, Alessandro. Regulação da oferta no transporte aéreo. In SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *et al*. Impactos da convergência tecnológica sobre a competição nos serviços de telecomunicações. *Revista do IBRAC*. São Paulo, IBRAC, ano 15, n. 4, 2008, pp. 177/224.

_____. e MATTOS, César. Defesa da concorrência nos portos. *Revista de Administração de Empresas*. São Paulo, v. 38, n. 3, jul/set 1998.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general*. Navarra: Thomson, 2007.

_____. *Principios de derecho público económico*. 3ª ed. ampliada. Granada: Comares, 2004.

PAGE, William. Interest groups, antitrust, and State regulation: Parker v. Brown in the economic theory of legislation. *Duke Law Journal*, v. 1987, n. 4 (set-1987); pp. 618/668.

PARISI, Francesco. *Methodological debates in law and economics*: The changing contours of a discipline. In ROWLEY, Charles; PARISI, Francesco. The origins of law and economics. Glos: Edward Elgar Publishing Limited, 2005.

PARKER, David; KIRKPATRICK, Colin. *Economic regulation in developing countries*: a framework for critical analysis. In: COOK, Paul *et al* (ed.). Leading issues in competition, regulation and development. Cheltenham : Edward Elgar Publishing Limited, 2004.

PASTOR, Javier Vinciano. El concepto de servicio económico de interés general como límite al concepto de empresa en el ámbito de la ley de defensa de la competencia. In TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA (coord.). *Crisis económica y política de la competencia*: III Jornadas Nacionales de Defensa de la Competencia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

PELTZMAN, S. A teoria econômica da regulação depois de uma década de desregulação. In: MATTOS, Paulo (coord.). *Regulação econômica e democracia*: o debate norte-americano. São Paulo: 34, 2004.

PEPE, Vincenzo. *Il processo di istituzionalizzazione delle autorità indipendenti*: l'antritrust. Milão: Franco Angeli srl, 2005.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA NETO, Caio Mário; PINHEIRO, Luis Felipe Valentim; ADAMI, Mateus Piva. Tráfego mútuo e direito de passagem como instrumentos para compartilhamento de infraestrutura no setor ferroviário. In SCHAPIRO, Mario Gomes. *Direito econômico regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Edgard Antonio e LAGROTERIA, Eleni. Leilões ou regulação: onde está o monopolista? In PEREIRA, Edgard; LAGROTERIA, Eleni e LEAL, João Paulo G. *Regulação e concorrência*: estudos e pareceres econômicos. São Paulo: Singular, 2004.

_____ e HILAL, Juliana Munhoz. Comentários à Resolução proposta pela ANEEL sobre limites e condições para participação societária dos agentes econômicos com atividades no setor de energia elétrica. In PEREIRA, Edgard; LAGROTERIA, Eleni e LEAL, João Paulo G. *Regulação e concorrência*: estudos e pareceres econômicos. São Paulo: Singular, 2004.

PINHEIRO, Armando Castelar. Segurança jurídica, crescimento e exportações. *Texto para discussão* n. 1125. Rio de Janeiro: IPEA, 2005.

_____. Reforma regulatória na infraestrutura brasileira: em que pé estamos. In: SALGADO, Lucia Helena e SEROA DA MOTTA, Ronaldo. *Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer*. Rio de Janeiro: IPEA, 2005.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. A regulação pública como instituto jurídico de criação prudencial na resolução de litígios entre operadores econômicos no início do século XXI. In: ALBUQUERQUE, Ruy de; CORDEIRO, António Menezes (coord). *Regulação e concorrência: perspectivas e limites da defesa da concorrência*. Coimbra: Almedina, 2005.

PIONER, Heleno. Análise da experiência internacional em regulação de aeroportos. In SALGADO, Lucia Helena e FIUZA, Eduardo (orgs.). *Marcos regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras?* Rio de Janeiro: IPEA, 2009.

PIRES, José Cláudio Linhares. In SARAVIA, Enrique; PECI, Alketa; BRASÍLICO, Edson Américo. *Regulação, defesa da concorrência e concessões*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

POSNER, Richard. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: 34, 2004.

_____. *Economic analysis of law*. 5ª ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, Inc., 1998.

_____. Natural monopoly and its regulation: a reply. *Stanford Law Review*, v. 22, n. 3, (Feb., 1970).

POSSAS, Mario Luiz; FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz. Defesa da concorrência e regulação em setores de infraestrutura em transição. In POSSAS, Mario (coord.). *Ensaios sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.

PRIEST, George. *Los fallidos esfuerzos en la aplicación del moderno derecho antimonopolio a las industrias de red*. In: ALEGRE, Marcelo (ed.). *El dinero y la justicia: George Priest y el Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010.

PROSSER, Tony. Theorising utility regulation. *The Modern Law Review*, Vol. 62, No. 2 (Mar., 1999); pp. 196/217.

RAGGAZO, Carlos Emmanuel Joppert. Preço abusivo, eficácia jurídica e análise econômica: afinal, onde está a cabeça de bacalhau? *Revista do IBRAC*. São Paulo, IBRAC, ano 18, v. 19, jan-jun 2011; pp. 21/44.

_____. Análise econômica da regulação: o papel da advocacia da concorrência. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, janeiro de 2007. Disponível em http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=carlos_ragazzo. Acesso em dezembro de 2011.

RAITERI, Monica. *Diritto, regolazione, controllo*. Milão: Giuffrè Editore, 2004.

RAMOS, Marcelo. A visão dos órgãos centrais. In PROENÇA, Jadir; VIEIRA DA COSTA, Patrícia; MONTAGNER, Paula. *Desafios da regulação no Brasil*. Brasília: ENAP, 2009.

REICH, Norbert. *Mercado y derecho*. Barcelona: Ariel, 1985.

RENNÓ, Marília e SAMPAIO, Patrícia. Transmissão de energia elétrica: apresentação do modelo brasileiro. In LANDAU, Elena (coord.). *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

REY, Patrick. Rôle et place des engagements dans les systèmes de regulation. In FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Les engagements dans les systems de regulation*. Paris: Presses de Sciences Po et Dalloz, 2006, v. 4.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. Aspectos jurídicos e regulatórios do compartilhamento de infraestrutura no setor ferroviário. *Revista do IBRAC*. São Paulo, IBRAC, ano 12, n. 6, 2005, p. 163/173.

_____. O direito contemporâneo e a metodologia de ensino do direito. In: SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ROJAS, Francisco José Villar. *Las instalaciones esenciales para la competencia: un estudio de derecho público económico*. Granada: Editorial Comares, 2004.

ROLIM, Maria João C. Pereira. Regulação setorial e direito da concorrência: harmonização, discordâncias e objetivos – o exemplo da integração do mercado elétrico europeu. *Revista do Direito da Energia*. São Paulo: IBDE, ano VII, n. 10, dezembro 2010, p. 101/118.

ROSENBERG, Morton. Beyond the Limits of Executive Power: Presidential Control of Agency Rulemaking under Executive Order 12,291. *Michigan Law Review*, Vol. 80, No. 2 (Dec., 1981).

ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROSS, Stephen. *Principles of antitrust law*. New York: The Foundation Press, 1993.

SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

SALGADO, Lucia Helena. *Marcos regulatórios no Brasil: judicialização e independência*. Rio de Janeiro: IPEA, 2009.

_____. Rumo a um novo marco regulatório para o gás natural. *Revista do IBRAC*. São Paulo: IBRAC, ano 15, n. 4, 2008, pp. 235/249.

_____. A defesa da concorrência no Brasil: retrospecto e perspectivas. In: GIAMBIAGI, Fabio; REIS, José Guilherme; URANI, André (orgs.). *Reformas no Brasil: balanço e agenda*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

_____. *A economia política da ação antitruste*. São Paulo: Singular, 1997.

_____. *As políticas de concorrência (ou antitruste): um panorama da experiência mundial e sua atualidade para o Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, Texto para discussão n. 264, junho de 1992.

_____ e FIUZA, Eduardo (orgs.). *Marcos regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras?* Rio de Janeiro: IPEA, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Monopólio colonial e subdesenvolvimento. In: BENEVIDES, M. e BERCOVICI, G. (coord.) *Direitos humanos, democracia e República – homenagem a Fabio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. *Regulação da atividade econômica* (princípios e fundamentos jurídicos). 2ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. CAMPILONGO, Celso Fernandes; VEIGA DA ROCHA, Jean Paul;

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. Globalização e teoria jurídica do conhecimento econômico. In: SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. Tratamento jurídico dos monopólios em setores regulados e não regulados. In _____. *Regulação e concorrência (estudos e pareceres)*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A Constituição de 1988 e a disciplina da participação direta do Estado na Ordem Econômica. In LANDAU, Elena (coord.). *Regulação jurídica do setor de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

_____. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

_____. *Recusa de compartilhamento de infraestrutura*: contribuições da doutrina das *essential facilities* e interação entre autoridades reguladora e concorrencial na sua disciplina. Anais do V Seminário Brasileiro de Regulação. Brasília: ABAR, 2007.

SARAIVA, Joísa Campanher Dutra. Governança regulatória em leilões de usinas estratégicas – o caso do leilão da UHE Santo Antonio. In LANDAU, Elena (coord.). *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, tomo II.

SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito constitucional econômico – estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. *Guia de Análise de Denúncias sobre Possíveis Infrações Concorrenciais em Licitações e o Modelo de Declaração de Elaboração Independente de Proposta*, aprovado pela Portaria SDE 51/09.

SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras.

SIMONSEN, Mario Henrique. Competir é a saída e não chamar a polícia. In SARMENTO, Carlos Eduardo; WERLANG, Sergio Ribeiro da Costa; ALBERTI, Verena (orgs.). *Mario Henrique Simonsen – textos escolhidos*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

_____. Por que privatizar é urgente. In SARMENTO, Carlos Eduardo; WERLANG, Sergio Ribeiro da Costa; ALBERTI, Verena (orgs.). *Mario Henrique Simonsen – textos escolhidos*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

_____. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.

_____. *Direito administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

STIGLER, George. Law or economics? *Journal of law and economics*, v. 35, n. 2, outubro 1992.

_____. The theory of economic regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 1, primavera de 1971.

_____. Teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: 34, 2004.

_____; FRIEDLAND, Claire. What can regulators regulate? The case of electricity. *Journal of Law and Economics*, v. 5, outubro 1962, pp. 1-16.

STIGLITZ, Joseph. *Os exuberantes anos 90: uma nova interpretação da década mais próspera da história*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2003.

_____. *Principles of microeconomics*. 2ª Ed. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, Inc., 1997.

_____ e WALSH, Carl. *Introdução à microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

SULLIVAN, E. Thomas; HARRISON, Jeffrey L. *Understanding antitrust and its economic implications*. 4th edition. Newark: LexisNexis, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. O CADE e a competição nos serviços públicos. P. 4 Texto disponível em

<http://74.125.155.132/scholar?q=cache:fqTDIJuhfGgJ:scholar.google.com/+cade+desestatiza%C3%A7%C3%A3o&hl=pt-BR&as_sdt=2000>. Acesso em 03.07.2010.

_____. O compartilhamento de infraestrutura entre prestadoras de serviços públicos. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 8, outubro de 2001, p. 1022/1029.

SUNSTEIN, Cass. Chevron step zero. *Virginia Law Review*, v. 92, n. 2, abril de 2006.

_____. On the costs and benefits of aggressive judicial review of agency action. *Duke Law Journal*, v. 1989, n. 3; pp. 522/537.

SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

_____. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.

_____ e AGUIRRE, Basília. Mudanças institucionais. In: ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TÁCITO, Caio. Saneamento básico – região metropolitana – competência estadual. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, NDJ, ano XVIII, n. 6, junho/2002, p. 453-457.

TESKE, Paul. Interests and institutions in State regulation. *American Journal of Political Science*, vol. 35, n. 1 (Feb., 1991).

TROSTER, Roberto Luís. Os bancos são diferentes? In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; VEIGA DA ROCHA, Jean Paul Cabral; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 287/296.

UNCTAD. *Best practices for defining respective competences and settling of cases, which involve joint action by competition authorities and regulatory bodies*. Genebra: UNCTAD, 2006. Disponível em <http://www.unctad.org>, acesso em dezembro de 2006.

UNCTAD. *Model law on competition*. Genebra: Nações Unidas, 2004.

UNGER, Roberto Mangabeira. *A reinvenção do livre-comércio*. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

US DEPARTMENT OF JUSTICE. *Antitrust division manual*. DOJ, 2008.

VASCONCELOS, Jorge. *Governo e regulação* (governar sem governo, regular sem regulador?). In: MOREIRA, José Manuel; JALALI, Carlos; ALVES, André Azevedo. Estado, sociedade civil e Administração Pública: para um novo paradigma do serviço público. Coimbra: Almedina, 2008.

VICKERS, John. Competition and regulation in vertically related markets. *The Review of Economic Studies*, v. 62, n. 1 (jan 1995); pp. 1/17.

_____. Concepts of competition. *Oxford Economics Papers*, New Series, v. 47, n. 1 (jan 1993); pp. 1/23.

VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR., Joseph E.; VERNON, John. *Economics of regulation and antitrust*. 4^a ed. Cambridge: The Mit Press, 2005.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: UnB – São Paulo: Editora Oficial do Estado de São Paulo, 2004.

WHISH, Richard. *Competition law*. Londres: Butterworths, 2002.

WHITTINGTON, Dale e GRUBB, Norton Grubb. Economic Analysis in Regulatory Decisions: The Implications of Executive Order 12291. *Science, Technology, & Human Values*, Vol. 9, No. 1 (Winter, 1984).

WILLEMAN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade civil das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

Anexo I

1. Distribuição de energia elétrica.

Chave de busca principal: “distribuição de energia elétrica”.

Chaves de controle: “distribuidora de energia elétrica”; “energia elétrica”; “concessão de energia elétrica”.

Nº Processo	Tipo do Processo	Ementa
<u>08012.004875/2001-42</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Reorganização societária entre os grupos Electricité de France e AES, envolvendo as subsidiárias Light e Eletropaulo. Mercado nacional de serviços limitados especializados e regional de distribuição de energia elétrica. Existência de concentração horizontal. Não há alteração significativa dos mercados analisados. Existência de cláusula de não concorrência. Apresentação tempestiva. Operação subsumida e aprovada sem restrições.
<u>53500.005109/2001</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Reorganização societária entre os grupos Eletricité de France e AES, envolvendo as subsidiárias Light e Eletropaulo. Mercado nacional de serviços limitados especializados e regional de distribuição de energia elétrica. Existência de concentração horizontal. Não há alteração significativa dos mercados analisados. Existência de cláusula de não concorrência. Apresentação tempestiva. Operação subsumida e aprovada sem restrições.
<u>08012.007300/2008-58</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Permuta de ações acordada entre EDP - Energias do Brasil S.A., Rede Energia S.A e Rede Power do Brasil S.A. Subsunção ao art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94. Apresentação tempestiva. Setores: Geração e distribuição de energia elétrica. Geração hidrelétrica. Pequena concentração. Ausência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.
<u>08012.005351/2000-98</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Aquisição da Companhia Elétrica de Borborema pela PBPart Ltda. em leilão público de privatização em 30 de novembro de 1999, no qual a PBPart foi consagrada vencedora. Mercado relevante do produto: distribuição de energia elétrica e

		comercialização de energia elétrica para consumidores cativos. Mercado relevante geográfico: área determinada pelo contrato de concessão - municípios de Boa Vista, Campina Grande, Fagundes, Lagoa Seca, Massaranduba e Queimadas, no Estado da Paraíba. Inexistência de concentração horizontal. Operação conhecida em função da participação de mercado. Monopólio Natural. Operação apresentada em atendimento à determinação do Conselho quando do julgamento da operação entre a Empresa Energética de Sergipe - Energipe e a Cat-Leo Distribuidora Ltda. Apresentação intempestiva. Aprovação sem restrições.
<u>08012.004261/2005-94</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Operação de fusão entre as empresas Exelon Corporation e Public Service Enterprise Group Incorporated. Mercado nacional de distribuição de energia elétrica. Faturamento superior a R\$ 400 milhões. Operação subsumida às hipóteses previstas no § 3º do art. 54 da Lei 8.884/94. Rito sumário. Pareceres favoráveis da SEAE, SDE e ProCADE. Aprovação sem restrições.
<u>08012.010993/1999-96</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Lei 8.884/94, artigo 54. Aquisição, mediante leilão público, de 65% do capital ordinário da Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia - COELBA pela Guaraniana S/A. Apresentação intempestiva. Mercados de geração e de distribuição de energia elétrica a (1) consumidores cativos, localizados nos limites geográficos da área de concessão. (2) consumidores livres, situados no território nacional. Transferência de controle sem alteração do grau de concentração. Operação aprovada sem restrições.
<u>08012.011337/1999-83</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração que trata da aquisição do controle acionário da CCODE - Companhia Centro-Oeste de Distribuição de Energia, realizada por meio de leilão público, na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, em 21 de outubro de 1997. Operação resultante da reestruturação do setor de energia elétrica pelo programa de privatização de empresas estatais. Mercado relevante regional de distribuição e mercados relevantes nacionais de geração e comercialização. No mercado de geração de energia não foi afetado diretamente, posto que a CCODE não possuía geradores de qualquer espécie. Mercado de distribuição de energia elétrica geograficamente definido com a área de concessão, com estrutura tarifária e as tarifas

máximas controladas pela ANEEL, reduzindo a possibilidade de abuso econômico. No mercado de distribuição a operação resultou em substituição do controle da empresa adquirida sem qualquer alteração do grau de Concentração. No mercado de comercialização, praticamente não resultou em alteração na estrutura do mercado relevante. A participação da AES-Sul cresceu em 2,9% no mercado de distribuição no sistema Sul/Sudeste/Centro-Oeste, aumento em 2,3% no mercado nacional, correspondentes à participação original da CCODE. Com isso, o grupo AES, considerando a possibilidade do uso coordenado de sua capacidade, passa a deter 5,33% da participação no mercado de comercialização e distribuição para consumidores livres, no sistema Sul/Sudeste/Centro-Oeste, e 4,24% no mercado nacional, números que estão aquém dos limites estabelecidos pela ANEEL. A operação não gera efeitos anticoncorrenciais, nem pode levar à dominação de mercados relevantes, nos termos do Art. 54 da lei nº 8.884/94. Intempestividade na apresentação da presente operação, aplicando-se às requerentes multa de R\$ 383.076,00 (trezentos e oitenta e três mil e setenta e seis reais) em função do atraso de dois anos. Aprovação do Ato de Concentração sem restrições.

08012.009766/2006-26

Atos e Contratos do Artigo 54

Ato de Concentração. Operação de aquisição. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, §3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Conhecimento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Atividade de distribuição de energia elétrica. Aquisição de controle societário em empresa de distribuição de energia elétrica. Substituição de agente econômico. Inexistência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.

08012.008476/2006-65

Atos e Contratos do Artigo 54

Ato de concentração. Mercados de geração e distribuição de energia elétrica. Retirada de acionista do grupo controlador. Hipótese prevista no art. 54, §3º da Lei 8.884/94. Apresentação tempestiva. Inexistência de efeitos sobre a estrutura concorrencial do mercado. Ausência de manifestações contrárias à operação. Inexistência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.

08012.008570/1999-70

Atos e Contratos do Artigo

Ato de Concentração que trata da aquisição, realizada através de leilão na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, do controle acionário da

	54	<p>IVEN S.A, companhia aberta controladora da Espírito Santo Centrais Elétricas-ESCELSA, pelo grupo EDP Investimento Ltda. Mercados relevantes nacionais de geração e comercialização de energia elétrica e mercado de distribuição limitado geograficamente a sua área de concessão. Mercado de geração de energia elétrica com a possibilidade de concorrência ampliada em função da interligação dos sistemas de geração norte e sul, sendo verificada Concentração de cerca de 2,201%. Mercado de distribuição de energia elétrica não alterado pela operação, tratando-se de transferência de controle acionário da empresa controladora da área de concessão, sendo um mercado com estrutura tarifária e as tarifas máximas controladas pela ANEEL, reduzindo a possibilidade de abuso econômico na forma de elevação de preços. Mercado de comercialização de energia elétrica não efetivo, dependendo de regulamentação da ANEEL. A operação não resultou em dano à concorrência e à ordem econômica. Aprovação do Ato de Concentração, sem restrições.</p>
<u>08012.011131/2004-27</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	<p>Ato de concentração. Aquisição do controle acionário da VA Technologies AG pelo Grupo Siemens. Subsunção com base no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94. Setores de atividade: Serviços essenciais de infra-estrutura (energia elétrica). Concentração horizontal nos mercados de transmissão e distribuição de energia elétrica e de engenharia elétrica para a metalurgia. Apresentação tempestiva. Pareceres favoráveis da SEAE, SDE e ProCADE. Aprovação sem restrições.</p>
<u>08012.007791/1999-01</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	<p>Ato de concentração que trata da aquisição, realizada através de leilão na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, do controle acionário da Centrais Elétricas Matogrossense (CEMAT) pela Rede Empresas de Energia Elétrica. Operação resultante da reestruturação do setor de energia elétrica pelo programa de privatização de empresas estatais. Mercados relevantes nacionais de geração e comercialização de energia elétrica e mercado relevante regional de distribuição de energia elétrica. Mercado de geração de energia elétrica com a possibilidade de concorrência ampliada em função da interligação dos sistemas de geração norte e sul. Mercado de comercialização de energia elétrica não operacional, dependendo de regulamentação da ANEEL. Mercado de distribuição de energia</p>

elétrica limitado à área de concessão, com estrutura tarifária e as tarifas máximas controladas pela ANEEL reduz a possibilidade de abuso econômico. A operação resultou em concentração de 0,58% apenas no mercado de geração. Caracterizada a intempestividade na apresentação da operação, aplicando-se às requerentes multa de 180.000 UFIR, equivalente a R\$ 191.052,00 (cento e noventa e um mil e cinquenta e dois reais), em função do prazo transcorrido e do porte das requerentes. Ausência de efeitos capazes de limitar ou restringir a concorrência. Aprovação do Ato de Concentração sem restrições.

08012.006971/2000-44

Atos e
Contratos
do Artigo
54

Ato de Concentração. Aquisição do controle acionário. Programa de desestatização Estadual. Concessão. Distribuição e comercialização de energia elétrica. Operação realizada no Brasil, decorrente de leilão público. Art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94. Aprovação sem restrições. I. Requerimento firmado por PBPart-SE 2 Ltda., em que informa da Operação, ocorrida no Brasil, consistente na aquisição, no âmbito do Programa de Desestatização do Governo do Estado da Paraíba, de 97,37% do capital ordinário e de 82,55% do capital total ambos da Saelpa -Sociedade Anônima de Eletrificação da Paraíba, em poder do Estado. O leilão ocorreu em 30 de novembro de 2000, sendo o Estado o vencedor, e, mediante o Contrato de Compra e Venda de Ações, firmado em 05 de dezembro de 2000, em razão do leilão realizado pelo Estado a PBPart-SE2 Ltda., ficou com 90% das ações ofertadas no leilão, representativas de 87,63% do capital ordinário e de 74,29% do capital total, ambos da Saelpa. O mercado é o de distribuição de energia elétrica e comercialização de energia elétrica para consumidores cativos, correspondente a 96% do território do Estado da Paraíba. II. Ato apresentado, em face do disposto no § 3º do Artigo 54 da Lei nº 8.884/94. III. Aprovação, por unanimidade de votos, sem restrições, em razão de não causar danos à concorrência.

08012.007009/1998-10

Atos e
Contratos
do Artigo
54

Ato de Concentração. Aquisição, em leilão público, do controle acionário da Companhia Elektro - Eletricidade e Serviços S/A pela Terraço Participações Ltda. Apresentação tempestiva. Mercado de distribuição de energia elétrica a (1) consumidores cativos, localizados nos limites geográficos de 223 municípios do estado de São Paulo e 5 municípios do estado

		do Mato grosso do Sul e (2) consumidores livres, situados nas regiões sul, sudeste e centro-oeste do país. Transferência de controle sem alteração do grau de concentração. Operação aprovada sem restrições.
<u>08012.005550/2000-04</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração -Lei 8.884/94, art 54, § 3º. Venda pelo grupo Reliant de sua participação no capital social da Light Serviços de Eletricidade S.A., em favor dos grupos EDF e AES.l. Mercado relevante: mercado de distribuição de energia elétrica nos municípios de: Rio de Janeiro, Barra do Piraí, Barra Mansa, Belford Roxo, Carmo, Duque de Caxias, Itaguaí, Japeri, Levy Gasparian, Mendes. Miguel Pereira, Nova Iguaçu, Nilópolis, Paracambi, Paraíba de Sul. Paty do Alferes, Paulo de Frontim, Pinheiral, Piraí, Quatis, Queimados, Rio Claro, Rio Claro, Rio das Flores, São João de Meriti, Sapucaia, Três Rios, Valença, Vassouras e Volta Redonda. Estrutura de mercado inalterada. Aprovação sem restrições.
<u>08012.007091/1999-81</u> ⁷³²	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração que trata da aquisição, realizada através de leilão na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, do controle acionário da Empresa Energética de Sergipe-ENERGIPE pela empresa Companhia de Força e Luz Cataguases-Leopoldina, por meio de sua subsidiária, criada para a aquisição, Catleo Distribuidora Ltda. Operação resultante da reestruturação do setor de energia elétrica pelo programa de privatização de empresas estatais. mercado relevante nacional de comercialização de energia elétrica e mercado relevante regional de distribuição. Mercado de comercialização de energia elétrica não operacional, dependendo de regulamentação da ANEEL. Mercado de distribuição de energia elétrica geograficamente definido como a área de concessão, com estrutura tarifária e as tarifas máximas controladas pela ANEEL, reduzindo a possibilidade de abuso econômico. No mercado de distribuição a operação resultou em substituição do controle da empresa adquirida sem qualquer alteração do grau de Concentração. Intempestividade na apresentação da presente operação, aplicando-se às requerentes multa de 180.000 UFIR, equivalente a R\$ 191.052,00 (cento e noventa e

⁷³² No âmbito deste processo foram analisados dois atos de concentração, razão pela qual, para efeitos quantitativos, foi considerada a existência de duas operações autônomas.

um mil e cinqüenta e dois reais). Ausência de efeitos capazes de limitar ou restringir a concorrência. Aprovação do Ato de Concentração sem restrições. Detecção de duas operações não apresentadas nos termos do art. 54, § 4º da Lei nº 8.884/94, envolvendo as requerentes, a saber, a aquisição da Companhia Elétrica de Nova Friburgo (CENF) pela Companhia de Força e Luz Cataguases-Leopoldina, anteriores a presente operação. Aprovação sem restrições do presente Ato de Concentração e aprovação, por economia processual, dada a presença de dados suficientes nos autos, da operação envolvendo a aquisição da CENF pela Companhia de Força e Luz Cataguases-Leopoldina, aplicando-se às requerentes multa de 180.000 UFIR, equivalente a R\$ 191.052,00 (cento e noventa e um mil e cinqüenta e dois reais), totalizando 360.000 UFIR de multa para as duas operações analisadas. Determinação de apresentação, nos termos do art. 54, § 4º da Lei nº 8.884/94, da operação de aquisição da Companhia Energética de Borborema pela ENERGEIPE. Precedentes do Ato de Concentração entre as empresas COELBA e Guaraniana S/A (AC nº 08012.010993/99-96).

08012.010642/1999-11

Atos e Contratos do Artigo 54

Ato de Concentração. Art. 54, § 3, ° da Lei nº 8884/94 Aquisição do controle acionário da Light Serviços de Eletricidade SA., realizado por meio de leilão público, pelo consórcio formado pelas empresas EDF International S/A., Companhia Siderúrgica Nacional, Reliant Energy, AES Corporation e BNDESPAR. Operação resultante do processo de privatização do setor elétrico. Apresentação intempestiva. Mercado de geração, transmissão e de distribuição de energia elétrica a consumidores cativos, localizados nos limites geográficos da área de concessão e a consumidores livres, situados no território nacional. Transferência de controle acionário, sem alteração do grau de Concentração. Aprovação sem restrições. Aplicação de multa pecuniária.

08012.010874/1999-05

Atos e Contratos do Artigo 54

Ato de Concentração que trata da aquisição, realizada através de leilão na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, do controle acionário da Espírito Santo Centrais Elétricas pela Iven S/A Operação resultante da reestruturação do setor de energia elétrica pelo programa de privatização de empresas estatais. Mercados relevantes nacionais de geração e

comercialização de energia elétrica e mercado relevante regional de distribuição de energia elétrica. Mercado de geração de energia elétrica com a possibilidade de concorrência ampliada em função da interligação dos sistemas de geração norte e sul. Mercado de comercialização de energia elétrica não efetivo, dependendo de regulamentação da ANEEL. Mercado de distribuição de energia elétrica limitada à área de concessão, com estrutura tarifária e as tarifas máximas controladas pela ANEEL reduz a possibilidade de abuso econômico na forma de elevação de preços. A operação resultou em substituição do controle da empresa adquirida sem qualquer alteração do grau de Concentração, não restando configurado dano à concorrência e à ordem econômica. Entendimento de que houve intempestividade da apresentação da presente operação, aplicando-se às requerentes multa de 80.000 UFIR, equivalente a R\$ 191.052,00 (cento e noventa e hum mil e cinqüenta e dois reais). Ausência de efeitos capazes de limitar ou restringir a concorrência. Aprovação do Ato de Concentração Sem restrições.

08012.011926/1999-34

Atos e Contratos do Artigo 54

Ato de concentração que trata da aquisição, realizado através de leilão na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, do controle acionário da Centrais Elétricas do Sul do Brasil (Gerasul) pela empresa Tractebel S.A. Operação resultante da reestruturação do setor de energia elétrica pelo programa de privatização de empresas estatais. Mercados relevantes de geração, distribuição e comercialização de energia elétrica. Mercado de geração de energia elétrica com a possibilidade de concorrência ampliada em função da interligação dos sistemas de geração norte e sul. Mercado de distribuição de energia elétrica para consumidores cativos com estrutura tarifária e as tarifas máximas controladas pela ANEEL reduz a possibilidade de abuso econômico na forma de elevação de preços. Mercado de comercialização de energia elétrica não efetivo, dependendo de regulamentação da ANEEL. A operação resultou em substituição do controle da empresa adquirida sem qualquer alteração do grau de concentração, não restando configurado dano à concorrência e à ordem econômica. Entendimento de que houve intempestividade da apresentação da presente operação, aplicando-se às requerentes multa de 180.000 UFIR, equivalente a R\$ 191.052,00 (cento e noventa e um mil e cinqüenta e dois

		reais). Ausência de efeitos capazes de limitar ou restringir a concorrência. Precedentes do Ato de Concentração entre as empresas COELBA e Guaraniana S/A (AC. n.º 08012.010993/99-96). Provimento do Ato de Concentração, sem restrições.
<u>08012.001199/2000-21</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Aquisição de 42,88% do capital da Energia S/A, do grupo Cataguazes-Leopoldina, pela Alliant Energy Holdings, do grupo Alliant Energy Corporation (AEC). Mercado de distribuição de energia elétrica para consumidores cativos, localizados nos limites geográficos de 63 municípios do Estado de Sergipe e 6 municípios do Estado da Paraíba. Ingresso do grupo Alliant no mercado brasileiro. Inexistência de efeitos de Concentração horizontal ou de integração vertical. Operação aprovada sem restrições.
<u>08012.009324/1999-07</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Aquisição, em leilão público, do controle acionário da Companhia Paulista de Força e Luz -CPFL pela DOC4 Participações S/A. Operação enquadrada nos termos do §3º, art. 54 da Lei 8.884/94: Apresentação Intempestiva: Serviço relevante: geração, distribuição de energia elétrica para consumidores livres. Dimensão geográfica: regiões sul, sudeste e centro-oeste do país. Grau de Concentração resultante não conferiu poder de mercado às Requerentes: Mercado de geração e distribuição para consumidores cativos localizados nos limites geográficos de 234 Municípios do Estado de São Paulo: transferência de controle sem alteração do grau de Concentração. Aplicação de multa pecuniária pela intempestividade na apresentação do Ato Aprovado sem restrições.
<u>08012.002027/2003-61</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Aquisição por parte da H.L. Consultoria Gerencial Ltda da participação acionária que a ALSTOM e a LIGHT detinham na ALTM. Apresentação tempestiva. Mercados relevantes: i) produto: prestação de serviços de manutenção de equipamentos e instalações de transmissão e distribuição de energia elétrica; ii) geográfico: nacional. Concentração horizontal incapaz de gerar efeitos anticoncorrenciais. Aplicação do artigo 16 da Resolução 12/98 do CADE. Aprovação sem restrições.
<u>08012.002814/2009-06</u>	Atos e Contratos do Artigo	Ato de Concentração - Operação realizada no exterior - Dissolução de joint venture constituída anteriormente entre Siemens e

	54	Areva - Parte envolvida pertencente a grupo com faturamento bruto no Brasil superior a R\$ 400 milhões - Pelo conhecimento - Apresentação tempestiva - Mercado de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica - Aprovação sem restrições.
<u>08012.010136/1999-96</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Aquisição pelo Consórcio Distriluz Da Coelce. Mercado relevante nacional de comercialização de energia elétrica, para consumidores livres. Não há caracterização de alteração do grau de Concentração horizontal ou integração vertical de mercado Intempestividade na apresentação da operação. Aplicação de multa no valor equivalente a 180 mil UFIR's Operação aprovada sem restrições.
<u>08012.003207/2000-28</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração que trata da aquisição do controle acionário da CELPE - Companhia Energética de Pernambuco pelo consórcio ADL Energy SI A, realizada por meio de leilão público, na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, em 17 de fevereiro de 2000. Operação resultante da reestruturação do setor de energia elétrica pelo programa de privatização de empresas estatais. Mercado relevante local de geração de energia elétrica, mercado relevante regional de distribuição e mercado relevante nacional de comercialização. No mercado de geração de energia, o mercado relevante é limitado geograficamente à Fernando de Noronha, que é onde a CELPE possui suas únicas unidades de geração, uma usina a diesel e outras eólicas, compondo um sistema isolado. Nesse mercado há apenas uma substituição de controle, não consistindo mudança da estrutura de concentração. Mercado de distribuição de energia elétrica geograficamente definido como a área de concessão, com estrutura tarifária e as tarifas máximas controladas pela ANEEL, reduzindo a possibilidade de abuso econômico. No mercado de distribuição a operação resultou em substituição do controle da empresa adquirida sem qualquer alteração do grau de concentração. No mercado de comercialização, praticamente não resultou em alteração na estrutura do mercado relevante, visto que a ADL passa a obter 12,28% de participação no mercado de distribuição no sistema norte/nordeste e 2,44% no mercado nacional, correspondente à participação original da CELPE. O grupo Iberdrola, considerando o uso coordenado de sua capacidade, passa de um patamar de 1,62% do mercado nacional, para

		4,06%, aquém dos limites estabelecidos pela ANEEL. A operação não gera efeitos anticoncorrenciais, nem pode levar à dominação de mercados relevantes, nos termos do art. 54 da lei n. 8.884/94. Intempestividade na apresentação da presente operação, aplicando-se às requerentes multa de 60.000 UFIR. Aprovação do Ato de Concentração sem restrições.
<u>08012.000682/2010-11</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Subsunção ao art. 54, § 3º, em razão do critério de faturamento. Aquisição eventual, pela CEMIG, do controle da Light S.A. Mercado de geração de energia elétrica ⁷³³ . Operação incapaz de gerar efeitos anticoncorrenciais. Pareceres uníssomos pela aprovação. Aprovação sem restrições

⁷³³ Apesar de a ementa referir-se apenas ao mercado de geração, ao se ler o inteiro teor do voto condutor da decisão observa-se que a operação envolve os segmentos de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica.

2. Transmissão de energia elétrica.

Chave de busca principal: “transmissão de energia elétrica”.

Chaves de controle: “transmissora de energia”; “concessão de transmissão”.

Nº Processo	Tipo do Processo	Ementa
<u>08012.000182/2002-61</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Aquisição pela Enelpower de 90% do capital social da Novatrans. Apresentação ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência dentro do prazo legal. Mercado relevante do produto definido como o de transmissão de energia elétrica. Mercado regulado, ausência de concorrência.
<u>08012.001183/2002-23</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Aquisição pela ENELPOWER de 90% do capital social da NOVATRANS. Apresentação ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência dentro do prazo legal. Mercado relevante do produto definido como o de transmissão de energia elétrica. Mercado regulado, ausência de concorrência. Aprovação sem restrições.
<u>08012.008101/2009-48</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Procedimento Sumário. Aumento de capital social da Alupar Investimentos S/A pelo Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FI-FGTS. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº. 8.884/94 - faturamento. Apresentação tempestiva. Possível concentração horizontal. Setor de atuação: geração de energia elétrica e transmissão de energia elétrica. Baixa participação das Requerentes nos mercados. Ausência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.
<u>08012.005888/2010-20</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Procedimento Sumário - Aquisição de participação acionária - Art. 6º, X, Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 1/2003. Enquadramento no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Mercado relevante: construção, operação e manutenção de linha de transmissão de energia elétrica. Ausência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.

<u>08012.011609/2007-61</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Aquisição, pela TSN, da GTESA e da PAESA, anteriormente detidas pela Hot Line. Setor de atividades: transmissão de energia elétrica. Faturamento de pelo menos um dos requerentes, no Brasil, superior a R\$ 400 milhões. Hipótese prevista no §3º do artigo 54 da Lei 8.884/94. Apresentação tempestiva. Pareceres favoráveis da SEAE, da SDE e da ProCADE. Aprovação sem restrições.
<u>08012.002445/2000-13</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Transferência, para Cemig e Cia Vale do Rio Doce, das Cotas-Partes detidas por Samarco Mineração Ltda, Cia Minas Gerais - Minaligas e Mineração Rio Novo no Consórcio constituído para o aproveitamento hidrelétrico do Funil. Apresentação tempestiva. Mercados relevantes: geração, transmissão e comercialização de energia elétrica para consumidores e distribuidoras. Dimensão geográfica: subsistema Sudeste/Centro-Oeste. Grau de Concentração: CVRD ampliou sua participação no mercado de geração de energia elétrica em 0.46% no subsistema Sudeste-Centro Oeste. No mercado de comercialização de energia elétrica há livre acesso a novos operadores e ausência de barreiras à entrada. No mercado de transmissão de energia elétrica há livre acesso a concessionários e permissionários de serviço público. Inexistência de danos à concorrência. Aprovado sem restrições.
<u>08012.006048/2001-93</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração - Reestruturação societária realizada pela incorporação da EPTE pela CTEP - Mercado relevante/produto: transmissão de energia elétrica - Mercado geográfico: área coberta pelo Sistema Interligado Nacional - Setor regulado pela lei 9.427/96 - Hipótese contemplada pelo § 3º do artigo 54 da Lei 8.884/94 em função do faturamento das requerentes - Apresentação tempestiva - Inexistência de prejuízo à concorrência - Aprovação sem restrições.
<u>08012.004834/2008-22</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Aquisição, pela EATE, de 80% de participação no capital social da Lumitrans Companhia Transmissora de Energia Elétrica S.A. Setor de atividades: transmissão de energia elétrica. Faturamento de pelo menos um dos requerentes, no Brasil, superior a R\$ 400 milhões. Hipótese prevista no §3º do artigo 54 da Lei 8.884/94.

		Apresentação tempestiva. Pareceres favoráveis de SEAE, SDE e ProCADE. Rito Sumário. Aprovação sem restrições.
<u>08012.004833/2008-88</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Aquisição, pela EATE, de 80% de participação no capital social da STC - Sistema de Transmissão Catarinense S.A. Setor de atividades: transmissão de energia elétrica. Faturamento de pelo menos um dos requerentes, no Brasil, superior a R\$ 400 milhões. Hipótese prevista no §3º do artigo 54 da Lei 8.884/94. Apresentação tempestiva. Pareceres favoráveis de SEAE, SDE e ProCADE. Rito Sumário. Aprovação sem restrições.
<u>08012.000330/2008-33</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Operação, realizada em âmbito nacional, na qual a Neoenergia S/A adquirirá 51% da participação societária detida pela Schahin Engenharia S/A e Engevix Engenharia S/A na Empresa de Transmissão de Energia de Santa Catarina S/A e na Empresa de Transmissão de Energia do Rio Grande do Sul, sociedades concessionárias de linhas de transmissão de energia elétrica nos estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Procedimento Sumário. Hipótese prevista no art. 54, §3º da Lei 8.884/94. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Mercado de transmissão de energia elétrica geograficamente definido como Região Sul do Sistema Interligado Nacional ("SIN"), composta pelos estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná. Ausência de manifestações contrárias à operação. Inexistência de prejuízos à concorrência. Convergência dos pareceres da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE/MF e da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE/MJ, e da Procuradoria do CADE - ProCADE. Aprovação sem restrições.
<u>08012.010274/2008-45</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Operação de aquisição, pela Companhia Energética de Minas Gerais S.A., de 95% da participação societária detida pela Brookfield Brasil TBE Participações Ltda. na Empresa Catarinense de Transmissão de Energia Elétrica S.A. Subsunção ao artigo 54, §3º, da Lei nº 8.884/1994 em função do faturamento de uma das Requerentes. Mercado nacional de transmissão de energia elétrica. Reestruturação societária no mesmo grupo,

		sem alteração de controle. Pareceres favoráveis da SEAE, da SDE e da ProCADE. Operação tempestiva. Procedimento Sumário. Aprovação sem restrições.
<u>08012.003680/2009-32</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Procedimento Sumário. Aquisição, pela Cemig Geração e Transmissão de Energia S.A., de aproximadamente 65,86% do capital social da Terna Participações S.A.. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Setor envolvido: transmissão de energia elétrica. Ausência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.
<u>08012.003639/2009-66</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Procedimento Sumário. Associação. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Mercado relevante de transmissão de energia elétrica. Ausência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.
<u>08012.010272/2008-56</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Mercado de transmissão de energia elétrica. Hipótese prevista no art. 54, §3º da Lei 8.884/94. Apresentação tempestiva. Reestruturação societária de menor porte. Inexistência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.
<u>08012.009203/2009-81</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Procedimento Sumário. Mercado de transmissão de energia elétrica. Investimento realizado pelo Fundo de Investimento Coliseu em empresa do Grupo CEMIG. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Aprovação sem restrições, em consonância com o parecer da SEAE/MF.
<u>08012.011169/2008-23</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Subsunção ao art. 54, § 3º, em razão do faturamento dos grupos envolvidos. Apresentação intempestiva. Aquisição simultânea de participações cruzadas em subsidiárias de ambas as Requerentes. Mercados verticalmente relacionados, de transmissão de energia elétrica e construção da respectiva infraestrutura. Efeitos incapazes de gerar prejuízos à concorrência. Pareceres

		convergentes pela aprovação. Aprovação sem restrições. Aplicação de multa por intempestividade, nos termos da Resolução CADE nº 44/2007.
<u>08012.003640/2009-91</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Procedimento Sumário. Mercado de transmissão de energia elétrica. Transferência do controle societário da empresa Interligação Elétrica Norte e Nordeste, detido pela Cia. Transmissora Energia Elétrica Paulista, para Isolux Energia e Participações e Cymi Holding S/A. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Aplicação de multa por intempestividade. Taxa processual recolhida. Aprovação sem restrições, em consonância com o parecer da SEAE/MF. Instauração de auto de infração para apuração de enganosidade.
<u>08012.006212/2003-24</u>	Averiguação Preliminar	Averiguação Preliminar. Suposta infração à ordem econômica - art. 21, XXIV, da Lei nº 8.884/94. Representação da ANEEL contra a Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia - Coelba, concessionária de serviço público de transmissão de energia elétrica que contratou a empresa que ofereceu o segundo menor preço para execução de serviços em linha de transmissão. Pareceres convergentes da SDE, ProCADE e MPF pelo arquivamento do processo. Arquivamento da Averiguação Preliminar.
<u>08012.009617/2009-18</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Alienação. Aumento de capital. Hipótese de subsunção: §3º do artigo 54 da lei nº 8.884/94 - Faturamento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Setor: transmissão de energia elétrica em todo o território nacional. A operação não é capaz de gerar efeitos concorrenciais danosos. Aprovação sem restrições.
<u>08012.005948/2010-12</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Rito Sumário. Aquisição de participações societárias. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Setor da atividade: transmissão de energia elétrica. Ausência de prejuízos à concorrência - substituição de agente econômico. Aprovação sem restrições.
<u>08012.005888/2010-20</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Procedimento Sumário - Aquisição de participação acionária - Art. 6º, X, Portaria Conjunta SEAE/SDE nº

1/2003. Enquadramento no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Mercado relevante: construção, operação e manutenção de linha de transmissão de energia elétrica. Ausência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.

3. Concessão de ferrovias

Chave de busca principal: “ferrovia”.

Chaves de controle: “ferroviário”; “concessão de ferrovia”; “concessão ferroviária”.

Nº Processo	Tipo do Processo	Ementa
<u>08012.013002/2007-16</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Rito Sumário, nos termos do art 6º, IX da Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 01/2003. Subconcessão para operação de trecho de 720 km da Ferrovia Norte-Sul, cujo contrato será celebrado com a Companhia Vale do Rio Doce. Subsunção da operação ao art. 54, § 3º da Lei 8.884/94, em razão do faturamento da CVRD. Ausência de efeitos anticompetitivos. Convergência dos pareceres pela aprovação. Aprovação sem restrições.
<u>08012.000652/2000-54</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração que trata de aquisição, por meio de Instrumento Particular de Compra e Venda de Ações em que a ABS Empreendimentos Imobiliários, Participações e serviços Ltda aliena totalmente sua participação de 18% na Companhia Ferroviária do Nordeste - CFN para as outras três acionistas: Companhia Siderúrgica Nacional -CSN, Companhia Vale do Rio Doce -CVRD e Taquari Participações S.A. Mercado relevante regional de prestação de serviços de transporte ferroviário, circunscrito à área geográfica atendida pela rede da CFN, que se estende por toda a região Nordeste. Na operação, os acionistas adquirentes já detinham, antes da operação, 24% cada um de participação no capital social da CFN, passando a deter após a operação, 30% cada um. A mudança na distribuição de quotas de participação causada pela operação não elimina nem proporciona novas possibilidades de coalizão entre os sócios restantes, o que significa que não ocasiona alterações na estrutura de controle da

		CFN. A operação não gera efeitos anticoncorrenciais, nem pode levar à dominação de mercados relevantes, nos termos do art. 54 da lei nº 8.884/94. Verificou-se que, dentre as restrições apostas no Capítulo 5 do Edital de Privatização que fixou as condições de alienação da malha ferroviária nordeste, há um limite de participação, direta ou indireta de qualquer acionista, a 40% da totalidade do capital votante da companhia. Prevê o edital que a referida restrição deve fazer parte do Estatuto Social da empresa privatizada, Como condição para a celebração do contrato de concessão do serviço público Com o órgão regulador. Como a CSN faz parte do bloco de controle da CVRD (detendo cerca de 31% do capital da Valepar), e o Grupo Vicunha controla ao mesmo tempo a CSN e a Taquari, há possibilidade de que a referida cláusula do Edital de Privatização esteja sendo descumprida. Determinação plenária da remessa de cópias destes autos para envio ao órgão regulador, - Secretaria de Transportes Terrestres do Ministério dos Transportes - e à CVM - Comissão de Valores Mobiliários, para análise no âmbito das suas competências legais. Aprovação do Ato de Concentração sem restrições.
<u>08012.000225/1999-98</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Contrato de Arrendamento do Porto de Angra dos Reis, celebrado entre a Companhia Docas do Rio de Janeiro e a FCA Angraporto S/A. Operação enquadrada nos termos da Lei 8.884/94 art. 54 § 3º. Apresentação tempestiva. Concentração vertical ferrovia-porto. Impossibilidade de dano ao mercado. Aprovação sem restrições.
<u>08012.001368/1999-81</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Aquisição em leilão de privatização de direitos e ativos relativos à exploração da Malha Ferroviária Tereza Cristina S.A. pelo consórcio composto pelas empresas Santa Lúcia Agro- Indústria e Comércio Ltda., Gemon -Geral de Montagens S/A e Banco Interfinance S/A. Troca de controle acionário do capital da Ferrovia Tereza Cristina S.A sem efeitos para o mercado. Aprovação da operação sem restrições.
<u>08012.005747/2006-21</u>	Atos e	Ato de concentração. Verificação de

	Contratos do Artigo 54	possíveis efeitos anticompetitivos em mercados relevantes de logística e transporte ferroviário de cargas. Aprovação do ato notificado condicionada à imposição de restrições de natureza comportamental. Obrigação de dar publicidade a preços e outras condições comerciais em relação a clientes e transportadores rodoviários de carga. Necessidade de definição de Termo de <u>Compromisso de Desempenho</u> de acordo com o disposto no art. 58 da Lei nº 8.884/94, para a obtenção das eficiências alegadas.
<u>08012.009754/1999-48</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Aquisição, pela Ferrovia Novoeste S.A, de concessão para exploração, por meio de leilão público, de ferrovia denominada Malha Oeste, antes controlada pela Rede Ferroviária Federal SA. 1. Apresentação intempestiva - aplicação de multa no valor de 180.000 (cento e oitenta mil) UFIRs equivalentes a R\$ 191.538,00 (cento e noventa e um mil quinhentos e trinta e oito reais) 2. Mercado relevante: serviço de transporte terrestre de adubos de Corumbá (MS) para Manoel Brandão (MS); transporte terrestre de materiais de construção e insumos de Mato Grosso do Sul para Mato Grosso do Sul e São Paulo; transporte terrestre de combustíveis de São Paulo para o Mato Grosso do Sul; transporte ferroviário de minérios do Mato Grosso do Sul para portos de Ladário e Porto Esperança; transporte ferroviário de minérios do Mato Grosso do Sul para São Paulo; transporte terrestre de produtos agrícolas do Mato Grosso do Sul para São Paulo; transporte terrestre de produtos agrícolas do Mato Grosso do Sul para porto de Ladário; transporte terrestre de produtos siderúrgicos de São Paulo para Mato Grosso do Sul; transporte terrestre de produtos industrializados da Bolívia para São Paulo. 3 Estrutura de mercado inalterada. 4 Pela apresentação da operação de incorporação das ações da Ferrovia Novoeste S.A à Ferropasa - Ferronorte Participações SA. realizada em 1998, aos órgãos brasileiros de defesa da Concorrência. A operação não restringe à livre concorrência. Aprovação sem restrições.

<u>08012.001157/2000-81</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94. Recomposição societária. Conjunto de 5 contratos que resultou na saída de seis investidores e na entrada de quatro novos. Mercado relevante de produto: transporte ferroviário de carga. Mercado geográfico: Estados de Sergipe, Bahia, Minas Gerais, Espírito Santo, Rio de Janeiro, Goiás e Distrito Federal. Possível infração ao Edital A-3/96 do Conselho Nacional de Desestatização. Assunto de competência do órgão regulador. Quanto ao mérito: a operação não limita ou prejudica a livre concorrência. Envio de relatório e voto, bem como da informação de fls. 245 dos autos ao Ministério dos Transportes. Aprovação sem restrições.
<u>08012.009666/1998-00</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Privatização. Setor Ferroviário. Leilão Público. Aquisição de Malha Ferroviária por Consórcio. Aplicação do artigo 54, "Caput", Da Lei Nº 8.884/94. Aprovação do Ato, sem restrições. I. Transferência da posse dos ativos operacionais da Empresa estatal para o Consórcio vencedor de licitação pública na modalidade de Leilão, relativo a Malha Paulista. Trata-se de Privatização da RFFSA, em decorrência do Programa Nacional de Desestatização-PND. Atos realizados entre a União Federal, representada pela Rede Ferroviária Federal S/A e a Ferrovias Bandeirantes S/A FERROBAN. II. Ato apresentado, em face do disposto no artigo 54, "caput", da Lei nº 8.884/94. III. Requerimento de aprovação do ato acolhido, por unanimidade de votos, sem restrições, por ausência de danos à concorrência.
<u>08012.004939/2003-77</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Aumento do capital da ALL - Ações subscritas pela Latin Freight Company. Aquisição de capital social sem alteração de controle acionário. Mercado regional de transporte ferroviário de cargas. Ausência de efeitos anticoncorrenciais. Apresentação tempestiva. Operação subsumida e aprovada sem restrições.
<u>08012.002917/2000-20</u>	Atos e Contratos do	Ato de concentração que trata da operação de arrendamento de ativos relacionados à

	Artigo 54	<p>administração e operação do transporte ferroviário de cargas na área interna do Porto de Santos, mediante Contrato de Arrendamento, pelo qual a Companhia de Docas do Estado de São Paulo (Codesp) transfere essas atividades para a Portofer. Mercado relevante local de transporte ferroviário de cargas na área interna do Porto de Santos. A prestação dos serviços no mercado relevante definido consiste em um monopólio natural, sendo que a operação apenas promove a mudança de agentes no mercado, com a saída de um agente público e a entrada de um privado. De acordo com a Lei n.º 8.630/93, que criou o programa de modernização dos Portos, a regulação dos serviços do Porto de Santos é tarefa primária Codesp. Os termos do Contrato de Arrendamento passam a estabelecer um ambiente regulado para a prestação dos serviços no mercado relevante. A operação não gera efeitos anticoncorrenciais, nem pode levar à dominação de mercados relevantes, nos termos do art. 54 da lei nº 8.884/94. Operação apresentada tempestivamente, com base na data de assinatura do contrato. Aprovação do Ato de Concentração sem restrições.</p>
<u>08012.007285/1999-78</u>	Processo Administrativo Lei 8884/1994	<p>Processo Administrativo. Instaurado <i>ex officio</i> pela SDE contra a CVRD no curso da instrução do Ato de Concentração 08000.013801/97-52. Práticas anticompetitivas contra a S/A Mineração Trindade - Samitri. Condutas previstas nos incisos V, XII e XXIV do art. 21 da Lei 8.884/94. Prática restritiva vertical. Mercado relevante (mercado de origem): mercado regional de transporte ferroviário de carga. Mercado relevante (mercado "alvo"): mercado internacional de minério-de-ferro. CVRD é monopolista no mercado de origem. Não configuração das condutas imputadas à Representada. <u>Arquivamento do processo.</u></p>
<u>08012.003281/2001-14</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	<p>Ato de Concentração que trata da transferência parcial de todos os direitos e obrigações da concessão detida pela Ferrovias Bandeirantes S.A. à ALL América Latina Logística S/A envolvendo dois trechos da Malha Paulista, entre as estações de Pinhalzinho- SP e Iperó-SP, e entre Presidente Epitácio-SP e Rubião</p>

08000.013801/97-52

Atos e
Contratos do
Artigo 54

Júnior-SP. Mercados relevantes de transporte de cargas cativas e não cativas de ferrovias nos trechos envolvidos. A operação não traz efeitos significativos sobre a concorrência, visto que não foi identificada concentração horizontal e nem riscos decorrentes de integração vertical. Operação aprovada sem restrições.

Ato de Concentração. Leilão de privatização. Aquisição de 41,73% do capital ordinário e 26,85% do capital total da Companhia Vale do Rio Doce pelo consórcio Valepar. Hipótese prevista no §3º do artigo 54 da Lei 8.884/94, em razão do preenchimento dos critérios de faturamento e participação de mercado e no artigo 48 do Decreto nº 1.204 de 29/07/94. Apresentação tempestiva. Mercados relevantes: (a) mercado nacional de minério de ferro; (b) mercado nacional de manganês; (c) mercado mundial de ferro-liga; (d) mercado nacional de aços planos; (e) mercado de serviços de transporte ferroviário na cadeia logística ferrovia-porto (exportação) e de transporte ferroviário de cargas (mercado interno) nas áreas de influência das Estradas de Ferro Vitória-Minas (EFVM) e Carajás (EFC). (...). Denúncias de discriminação de preços contra concorrentes da CSN (Usiminas) e da CVRD (Ferteco e Samitri), empresas dependentes da EFVM para o transporte dos seus produtos. Denúncia do Sindicato da Indústria do Ferro no Estado de Minas Gerais - Sindifer de aumento abusivo de preço, redução da qualidade e oferta insuficiente do serviço pela EFVM. Inspeções realizadas pelo Ministério dos Transportes acusam inconsistências nas informações encaminhadas pela EFC e EFVM. (...). Superação parcial dos efeitos anticoncorrenciais da operação no mercado de aços planos e nos mercados de serviços de transporte ferroviário, após o fechamento dos contratos de descruzamento acionário. Aprovação da operação nos seguintes termos: (1) Determinação de criação de subsidiárias integrais, uma para a EFVM e outra para a EFC; (2) Recomendação de celebrar termos aditivos entre a concessionária e o concedente com a inclusão das EFVM e

da EFC na sistemática de avaliação definida na Portaria 447/98 e na norma complementar nº 3/99; (3) Análise em conjunto (conexão), por economia processual, dos processos relativos a Atos de Concentração, em que houver interesse da CVRD, em havendo identidade de objeto, tendo em vista potenciais efeitos sobre a logística de transportes e o mercado de minério de ferro. Alternativamente aos itens 1 e 2, poderá a Representada assinar Termo de Compromisso de Desempenho em que figure solução equivalente quanto aos efeitos concorrenciais pretendidos, a ser aprovado pelo plenário da CADE.

4. Setor portuário

Chave de busca principal: “porto”.

Chaves de controle: “portuário”.

Nº Processo	Tipo do Processo	Ementa
<u>08012.006897/2001-47</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Acordo celebrado entre a Libra Terminal Rio S/A e a Multi-Rio Operações Portuárias S/A. (arrendatárias, respectivamente, dos terminais 1 e 2 de contêineres do Porto do Rio de Janeiro), com o propósito específico de atender a determinados armadores mundiais que operam embarcações de grande porte na rota entre a costa leste dos Estados Unidos da América e a costa leste da América do Sul. Hipótese prevista no §3º do artigo 54 da Lei 8.884/94. Apresentação tempestiva. Cláusula de não-competição por tempo indeterminado. Pareceres da SEAE, SDE e Procuradoria do CADE pela aprovação. Inexistência de efeitos anticoncorrenciais. Aprovação sem restrições.
<u>08012.000746/2010-76</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Associação entre as empresas Cargill e Louis Dreyfus para exploração do Terminal Exportador do Porto de Santos. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei 8.884/94 - faturamento. Taxa processual recolhida. Apresentação tempestiva - aplicação da Súmula CADE nº. 3. Mercado de serviços de movimentação e armazenagem portuária de graneis sólidos de origem vegetal. Concentração horizontal. Improbabilidade de exercício abusivo de poder de mercado. Aprovação sem restrições.
<u>08012.007025/2008-72</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Operação realizada no Brasil. Operação de aquisição de ativos. Hipótese de subsunção ao artigo 54, § 3º da Lei nº 8.884/1994 - faturamento. Apresentação tempestiva. Sobreposição horizontal e vertical no mercado relevante de transporte e armazenagem de graneis líquidos no Porto de Santos. Operação sem efeitos prejudiciais à concorrência. Aprovação sem restrições.

<u>08012.009940/2006-31</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Mercado de prestação de serviços portuários no porto de Paranaguá/PR. Hipótese prevista no art. 54, §3º da Lei 8.884/94. Apresentação tempestiva. Baixa concentração resultante. Inexistência de majoração significativa da probabilidade de exercício de poder de mercado. Aprovação sem restrições.
<u>08012.002245/2005-67</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Operação de subscrição acionária representativa de 50% do capital social de Teas Terminal Exportador de Álcool de Santos S.A. por Cosan S.A. Indústria e Comércio e Rezende Barbosa S.A. Administração e Participações. Mercado relevante de produto: (i) mercado de serviços portuários para armazenamento e transporte de graneis líquidos e (ii) mercado de álcool. Mercado geográfico: (i) Porto de Santos e (ii) região Centro-Sul. Hipótese prevista no art. 54, §3º da Lei 8.884/94. Apresentação tempestiva. Ausência de manifestações contrárias à operação. Inexistência de prejuízos à concorrência. Convergência dos pareceres da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE/MF, Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE/MJ e Procuradoria do CADE. Aprovação sem restrições.
<u>08012.008882/1999-92</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Aquisição, pela Von Ommeren Tank. Terminal Brazil Holding Ltda, do negócio de armazenamento, em tanques, de líquidos à granel da Dibal Armazéns Gerais S/A, empresa pertencente à Yossok Participações S/A (52,5%) e à Lenkos Empreendimentos e Participações S/A (47,5%). Lei 8.884/94, artigo 54, 3º. Apresentação tempestiva. Mercado relevante: serviços de descarga, embarques e armazenamento de produtos químicos e petroquímicos no porto de Santos-SP. Concentração horizontal: grupo Von Ommeren elevou sua participação no mercado relevante de 16,3% para 34,3%. Presença de concorrentes rivais. Reduzidas barreiras à entrada. Aprovação sem restrições.
<u>08012.000225/1999-98</u>	Atos e Contratos do	Ato de Concentração. Contrato de Arrendamento do Porto de Angra dos Reis, celebrado entre a Companhia Docas do

	Artigo 54	Rio de Janeiro e a FCA Angraporto S/A. Operação enquadrada nos termos da Lei 8.884/94 art. 54 § 3º. Apresentação tempestiva. Concentração vertical ferrovia-porto. Impossibilidade de dano ao mercado. Aprovação sem restrições.
<u>08012.007405/1998-47</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	<p>Pedido de Reapreciação à decisão proferida no AC de nº 08012.007405/98-47, relatado pelo então Conselheiro Mércio Felsky, em que figuram como requerentes TVV - Terminal Vila Velha S/A e Companhia Docas do Espírito Santo. O Pedido foi apresentado com base no art. 56 e seguintes da Lei nº 9.784/99, c/c o art. 10 da Resolução CADE nº 15/98. Pelo AC 08012.007405/98-47, o TVV se tornou arrendatário da exploração dos berços 203,204 e 205 do Cais de Capuaba no Porto de Vitória, ES. A operação de arrendamento decorreu de leilão promovido pela CODESA no qual a única licitante a concorrer foi a CVRD, controladora da TVV. A admissão do feito foi reconhecida pelo Conselheiro relator do Ato de concentração, que concedeu efeito suspensivo as restrições à operação. A restrição imposta à requerente para aprovação do ato de concentração se refere à eliminação da relação de exclusividade mantida entre o TVV e a empresa que lhe presta os serviços de transporte interno de contêineres. O Plenário, na sua decisão, admitiu a possibilidade de que o TVV, com base no poder de mercado local sobre a movimentação de contêineres, eventualmente conquistado pelo ato, teria imposto aos usuários um aumento de custo para o serviço de movimentação de contêineres através de uma integração vertical, por vínculo de exclusividade, com a etapa de movimentação interna de contêineres, componente do transporte rodoviário que antes seria prestado competitivamente. As evidências nos autos não permitem tal racionalidade. A principal razão para esta conclusão é que a etapa operacional de movimentação interna de contêineres, que supostamente estaria sendo integrada à movimentação portuária por vínculo de exclusividade, simplesmente não existia anteriormente ao início da operação do terminal pelo TVV. Verificada presença de eficiências econômicas significativas no novo sistema</p>

de transporte interno do porto que adotado pela TVV. Se os vários caminhões transportadores de contêineres viessem diretamente do exterior do terminal ao costado do navio para o embarque ou desembarque, seria alto o risco de atrasos da operação devidos ao descumprimento de horários ou à descoordenação de manobras. Como o tempo de estadia do navio atracado é um dos principais fatores de custo na cadeia de transporte, tais interrupções significam um pesado ônus sobre o custo total do serviço de transporte. Quanto à possibilidade de integração vertical com o transporte rodoviário externo às instalações do terminal, não há como ser incentivada por reflexo da exclusividade do transporte interno. A movimentação interna de contêineres é realizada exclusivamente por caminhões contratados pelo TVV para este fim específico. Segundo a requerente, os caminhões engajados na movimentação interna de contêineres não estão autorizados a deixar as instalações do terminal carregando contêineres diretamente desembarcados do navio, nem tampouco a ingressar na área do terminal trazendo contêineres destinados ao embarque direto no navio. Sendo assim, não há possibilidade de favorecimento pela rotina operacional do TVV a qualquer transportadora rodoviária de contêineres, já que o acesso direto ao navio não é permitido a nenhuma. Em outras palavras, o TVV não pode gerar vínculo de integração vertical com transportadoras através da concessão de uma exclusividade de acesso especial. Conclui-se que não houve integração vertical das atividades de movimentação portuária de contêineres com qualquer etapa de movimentação rodoviária de contêineres, seja esta interna ou externa às instalações do terminal. Sendo assim, a racionalidade da restrição não se aplica e, portanto, não pode beneficiar a concorrência. Conclusão pelo conhecimento do Pedido de Reapreciação, para no mérito determinar a retificação do Acórdão do Ato de concentração n.º 08012.007405/98-47 pela retirada das restrições listadas nos itens (a), (b) e (c), cujo teor era o seguinte: (a) a requerente TVV deverá cessar a imposição, aos clientes, a exclusividade de que o

		<p>transporte de cargas e descargas de contêineres seja realizado em seus veículos transportadores, devendo extrair da composição dos preços fixados na tabela de Serviços Integrados de Movimentação de Containers os itens relativos ao transporte; (b) a requerente TVV deverá comunicar o teor da decisão aos seus clientes, despachantes aduaneiros e à CODESA, devendo comprovar ao CADE o cumprimento desta condição no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da publicação do acórdão; (c) o descumprimento das condições "a" e/ou "b" acima, acarretará na imposição de multa diária no valor de 5.000 Ufir, sem prejuízo da adoção de medidas cabíveis, nos termos do art. 55 da Lei n.º 8.884/94.</p>
<u>08012.005660/2003-19</u>	Processo Administrativo Lei 8884/1994	<p>Processo Administrativo. Movimentação de contêineres e cargas pesadas na área do porto de Salvador. Empresa arrendatária de cais. Exclusividade de exploração. Área regulada. Alegação de afastamento de concorrentes e obstrução de suas atividades. Alegação de discriminação entre concorrentes. Não verificação das condutas alegadas. <u>Arquivamento.</u></p>
<u>08012.007443/1999-17</u>	Processo Administrativo Lei 8884/1994	<p>Processo Administrativo. Cobrança pelo serviço de segregação e entrega de contêiner pelos terminais portuários. Limitação da concorrência. Poder de mercado resultante de integração vertical. Conduta anticoncorrencial caracterizada. Mercado relevante de armazenagem alfandegada no Porto de Santos/SP. Infração à ordem econômica nos termos do artigo 20, incisos I, II e IV c/c com artigo 21, incisos IV e V. <u>Aplicação de multa de 1% do faturamento das requerentes no mercado relevante.</u></p>
<u>08012.001233/1998-71</u>	Averiguação Preliminar	<p>Averiguação Preliminar instaurada pela Secretaria Direito Econômico em fevereiro de 1999 para apurar possível conduta infracional à livre concorrência por parte das Representadas, relacionada com a possível imposição de restrições de acesso aos serviços da cadeia de transporte sobre as pequenas empresas processadoras de suco. A presente Averiguação Preliminar se originou por denúncia dos presidentes da Associação dos Citricultores do Estado de São Paulo (AcieSP) e da Associação</p>

Brasileira da Citricultura (Associtrus), de que as empresas Cutrale, Citrosuco, Cargill, Citrovita e Frigorífico Avante, valeram-se dos termos do Compromisso de Cessação celebrado no Processo Administrativo nº 08000.012720/94-74 para negar às pequenas empresas processadoras de suco de laranja a prestação de serviços de transporte, acondicionamento, armazenamento e embarque de suco nos terminais de embarque do Porto de Santos. A denúncia da Associtrus e AcieSP abrangia dois diferentes temas: (i) o exercício de poder de mercado das representadas nas negociações de preços de aquisição de laranjas junto aos produtores; (ii) restrições de acesso à logística de transporte do suco de laranja e cítricos, impostas pelas representadas às pequenas empresas processadoras de suco. A segunda acusação originou a presente averiguação preliminar e também a Averiguação Preliminar nº 08000.005438/97-29 em que é representada a empresa Cemibra, acusada de restringir a oferta de tambores usados para a acomodação e transporte de suco de laranja pelas pequenas empresas processadoras. A referida Averiguação Preliminar foi anexada ao processo em comento por dependência em decisão proferida pelo Conselheiro Mércio Felsky durante a instrução do feito. Mercados relevantes, sob o ponto de vista do produto: (i) serviços de transporte rodoviário de suco de laranja refrigerado em tambores e a granel; (ii) armazenamento no local do porto de suco de laranja refrigerado em tambores e a granel; (iii) embarque no navio de suco de laranja refrigerado em tambores e a granel; (iv) de transporte marítimo do suco de laranja refrigerado em tambores e a granel; (v) e de produção barris de aço. Quanto aos mercados relevantes geográficos, foi considerada ser a área do Estado de São Paulo para os mercados relevantes de transporte rodoviário, a área do Porto de Santos para os mercados relevantes de armazenagem e embarque e o mercado mundial para o mercado de transporte marítimo, por serem estas aproximações razoáveis das áreas onde se localizam os fornecedores dos respectivos

produtos relevantes, concorrentes das empresas representadas. O mercado de transporte marítimo é internacional. Ausência de poder de mercado das Representadas nos mercados relevantes de serviços voltados para o manuseio de suco de laranja embalado em tambores. Todas as representadas declararam utilizar serviços de terceiros para o transporte rodoviário de suco de laranja acondicionado em tambores, quando não regularmente, para supLEMENTAr sua capacidade própria. Nesse sentido foram listadas várias empresas independentes que realizam tais serviços, e não há indícios de que qualquer delas tivesse posição dominante no mercado relevante serviços no mercado relevante. Não há indícios de poder de mercado das representadas no mercado relevante de armazenamento no local do porto de suco de laranja frigorificado em tambores e a granel. As representadas eram as únicas proprietárias de instalações portuárias especializadas no embarque de suco de laranja a granel e, portanto, detinham poder dominante no mercado relevante. Sendo o embarque o elo final da cadeia de transporte, tal poder de mercado seria suficiente para a imposição de barreiras à entrada de concorrentes. Há evidências de que na época as representadas prestavam normalmente serviços de transporte rodoviário, armazenagem, embarque e transporte marítimo de suco de laranja a granel para outras empresas concorrentes que também empregavam esta modalidade de acondicionamento do produto. Os dados dos autos permitiram inferir que nem as empresas que operavam com suco de laranja a granel nem aquelas que utilizavam somente a embalagem em barris reconheceram as condutas alegadas por esta averiguação preliminar. Não havia motivos nem condições para o exercício de poder de mercado pela Cemibra contra as produtoras de suco envasado em barris, de modo que não há sustentação pelo art. 20 da Lei 8.884/94 para a alegação da conduta imputada à Cemibra. Não havendo conjunto probatório suficiente para a caracterização da conduta como indício de infração segundo o artigo 21 da Lei n.º 8.884/94, o Plenário determinou o arquivamento da presente Averiguação

		<u>Preliminar assim como pela extinção da AP n.º 08000.005438/97-29, apensada por conexão à presente.</u>
<u>08012.002489/2008-92</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Procedimento sumário. Arrendamento, pela Tecon Imbituba S.A., do terminal de contêineres do porto de Imbituba (SC), administrado atualmente pela Companhia Docas de Imbituba. Mercado de serviços portuários. Pareceres convergentes pela aprovação. Apresentação tempestiva. Ausência de concentrações horizontais e de integrações verticais. Pela aprovação sem restrições.
<u>08012.003911/2008-27</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Associação para a prestação de serviços de logística de graneis vegetais. Mercado de serviços de movimentação e armazenagem portuária para graneis sólidos de origem vegetal no porto de Santos. Hipótese prevista no art. 54 da Lei 8.884/94. Concentração horizontal. Manutenção de volume como condição de viabilidade do negócio. Improbabilidade de exercício de poder de mercado. Aprovação incondicional.
<u>08012.003535/2001-02</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Criação de joint venture entre a Oiltanking Pecém Ltda. e a Petrobrás Transporte S.A. - Transpetro. Apresentação tempestiva. Mercado relevante do produto: serviço de armazenagem de combustíveis importados/exportados. Mercado relevante geográfico: portos de Pecém, Fortaleza, São Luiz, Ipojuca, Cabedelo, Maceió e Belém. Existência de concentração horizontal, porém incapaz de gerar efeitos anticoncorrenciais. Aprovação sem restrições.
<u>08012.004668/2000-36</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Operação de arrendamento do Terminal de Contêineres do Porto de Santos - TECON 1, pela Santos Brasil S/A. Mercado de movimentação de mercadorias em contêineres, sua armazenagem e entrega no Porto de Santos. Faturamento superior a R\$ 400 milhões. Improbabilidade de exercício de poder de mercado. Integrações verticais e sobreposições horizontais verificadas na operação em tela não são aptas a produzir efeitos na estrutura concorrencial já estabelecida anteriormente à efetivação do

		arrendamento. Operação subsumida e aprovada sem restrições. Cominação de multa por intempestividade da notificação no valor de R\$ 377.582,58.
<u>08012.014090/2007-73</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Aquisição, pelo Logística Brasil - Fundo de Investimento em Participações, da totalidade da participação do Sr. Carlos Alberto de Oliveira Junior no capital da Porto Novo Participações S.A., correspondente a 16,666% do capital social da Porto Novo. Apresentação tempestiva. Conhecimento. Cláusula de não concorrência em conformidade com jurisprudência do CADE no aspecto temporal. <u>Aprovação condicionada à delimitação da cláusula de não concorrência ao Estado de Santa Catarina.</u> Mercado de movimentação de contêineres no Porto de Itapoá. ⁷³⁴
<u>08012.009900/2008-51</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Contrato de arrendamento entre Union Armazenagem e Operações Portuárias S.A. e Companhia Docas de Imbituba visando à implementação e exploração do Terminal de Cargas Gerais do Porto de Imbituba/SC Ltda. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Apresentação intempestiva. Taxa processual recolhida. Aprovação sem restrições, em consonância com os pareceres da SEAE/MF, SDE/MJ e Procuradoria do CADE.
<u>08012.010584/2008-60</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Aquisição de direitos e obrigações decorrente de arrendamento. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Mercados relevantes de movimentação de contêineres, armazenagem alfandegada de contêineres, movimentação e armazenagem de granéis sólidos de origem vegetal e movimentação e armazenagem de carga geral, no Porto de Santos. Ausência de sobreposição horizontal e integração vertical. Ausência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.

⁷³⁴ Frase final inserida pela autora, a partir de dados constantes do voto do Relator, para fins de esclarecimento quanto ao mercado relevantes da operação.

<u>08012.009550/2009-11</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Aquisição pela Tequimar de ativos de armazenamento e movimentação de cargas líquidas da Puma no Porto de Suape - PE. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Mercados envolvidos: movimentação e armazenagem portuária de cargas líquidas no Porto de Suape/PE e suas imediações. Inocorrência de prejuízo ao ambiente concorrencial. Aprovação sem restrições.
<u>08012.001607/2009-26</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Procedimento Sumário. Aquisição. A Technip Maritime do Brasil Ltda. ("Technip") adquire o controle da FCA AngraPorto S/A ("AngraPorto"). Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Segmento de serviços portuários. Pareceres da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE e Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE pela aprovação sem restrições. Ausência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.
<u>08012.005701/2009-54</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Contrato de arrendamento celebrado entre a Union e CODESP. Mercado relevante: prestação de serviços de movimentação e armazenagem de veículos (itens 25.06), dimensão geográfica do Porto de Santos. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Pareceres convergentes. Ausência de sobreposição horizontal e integração vertical. Inexistência de prejuízo à concorrência. Operação conhecida e no mérito aprovada, sem restrições.
<u>08012.002823/2010-22</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Procedimento Sumário. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Aquisição de ações. Setor envolvido: Setor portuário. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Ausência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.
<u>08012.008797/2008-21</u>	Atos e	Ato de Concentração. Aquisição. Hipótese

	Contratos do Artigo 54	de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Setor(es) envolvido(s): serviços de terminal portuário. Ausência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.
<u>08012.004460/2005-01</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Ingresso da Cargill na sociedade TEAS. Faturamento de uma das requerentes superior a R\$ 400 milhões reais no Brasil. Hipóteses previstas no §3º do artigo 54 da Lei 8.884/94. Apresentação Tempestiva. Setor de atividades: serviços portuários de grãos líquidos. Inexistência de concentração horizontal. Integração vertical. Pareceres favoráveis da SEAE, SDE e Procuradoria do CADE. Aprovação sem restrições.
<u>08012.008685/2007-90</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Aquisição de controle isolado. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, §3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Conhecimento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Mercado relevante de serviços de terminal portuário para contêineres (cofres de carga). Sobreposição horizontal inexistente. Integração vertical com outras atividades de transporte marítimo do grupo adquirente. Concorrência entre terminais situados no Estado de Santa Catarina. Inexistência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.
<u>08012.001669/2008-57</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Mercados de prestação de serviços portuários em Santos (SP) e em Vila do Conde (PA). Hipótese prevista no art. 54, §3º da Lei 8.884/94. Apresentação intempestiva. Inexistência de concentração horizontal ou integração vertical. Aprovação sem restrições, com imposição de multa por intempestividade.
<u>08012.002489/2008-92</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Procedimento sumário. Arrendamento, pela Tecon Imbituba S.A., do terminal de contêineres do porto de Imbituba (SC), administrado atualmente pela Companhia Docas de Imbituba. Mercado de serviços portuários. Pareceres convergentes pela aprovação. Apresentação tempestiva. Ausência de concentrações horizontais e de integrações verticais. Pela aprovação sem restrições.

<u>08012.003191/2008-08</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Procedimento Sumário. Mercado de movimentação de grãos via terminal portuário. Aquisição de 75% do capital social da Itamaraty pela Noble. Hipótese prevista no art. 54, §3º da Lei 8.884/94. Apresentação tempestiva. Inexistência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.
<u>08012.011000/2008-73</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Aquisição, pelo FI-FGTS, de parte do capital social total da Empresa Brasileira de Terminais Portuários S.A. - Embraport. Subsunção do ato ao §3º do artigo 53 da Lei nº 8.884/1994, em função do faturamento dos Grupos Coimex no Brasil. Apresentação tempestiva. Ausência de concentração horizontal e integração vertical. Aprovação da operação sem restrições.
<u>08012.010109/2009-74</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Rito Sumário. Aquisição de participações societárias. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Terminais e/ou operadores de serviços portuários para granéis líquidos. Ausência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.
<u>08012.002459/2009-67</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Memorando de Entendimento por meio do qual as Sociedades Nova América passarão a ser controladas pela Cosan, ao passo que Rezende Barbosa passará a deter cerca de 11% das ações da Cosan . Hipótese de subsunção prevista no art. 54, §3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Sobreposição horizontal nas atividades de produção de açúcar e subprodutos, álcool e subprodutos, cultivo de cana-de-açúcar, bagaço da cana, energia elétrica, melão e óleo fúsel, serviços logísticos e serviços portuários. Improbabilidade de exercício de poder de mercado. Aprovação sem restrições.

5. Concessão de rodovias

Chave de busca principal: “rodovia”

Chaves de controle: “rodoviária”

Nº Processo	Tipo do Processo	Ementa
<u>08012.001125/2001-19</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Acordo de permuta de ações entre as empresas Brisa Participações e Empreendimentos Ltda. e os acionistas da Companhia de Concessões Rodoviárias. Mercado de concessões rodoviárias. Operação tempestiva, subsumida e aprovada sem restrições.
<u>08012.006955/2010-23</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Procedimento Sumário. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº. 8.884/94 - faturamento. Reorganização societária no mesmo grupo sem alteração de controle. Setor envolvido: concessão de rodovias. Taxa processual recolhida. Apresentação tempestiva. Ausência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.
<u>08012.005486/2005-68</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Aquisição, pela Primav Ecorodovias S.A., de 23,5% do capital social da Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S.A.- ECOSUL pertencentes a Triunfo Participações e Investimentos S.A. Enquadra-se no critério de faturamento previsto no § 3º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94. Recolhida a taxa processual. Operação tempestiva. Ausência de impactos concorrenciais. Aprovação sem restrição.
<u>08012.000831/2001-43</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Operação de aquisição de 70% do capital social da Autovias S.A., de propriedade das empresas EMSA - Empresa Sul Americana de Montagens S.A., Enterpa Engenharia Ltda. e Etesco Construções e Comércio Ltda, pela OHL Espanha. Hipótese prevista no §3º, do artigo 54 da Lei 8.884/94, em razão do faturamento da empresa Adquirente superar R\$ 400 milhões. Apresentação tempestiva. Alteração de controle de empresa detentora de monopólio regulado e concedido pelo DER/SP. Mercado relevante de exploração, em regime de concessão, do trecho de malha

		rodoviária entre os municípios de Franca, Batatais, Ribeirão Preto, Araraquara, São Carlos e Santa Rita do Passa Quatro. Inexistência de danos à concorrência. Aprovado sem restrições.
<u>08012.009591/2004-95</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Operação de aquisição, pela Wolfson Empreendimentos S.A., da totalidade das ações representativas do capital social da Viaoeste Participações S.A. Mercado Nacional de Exploração de Concessões Rodoviárias. Faturamento superior a R\$ 400 milhões. Operação subsumida às hipóteses previstas no § 3º do art. 54 da Lei 8.884/94. Pareceres favoráveis da SEAE, SDE e ProCADE. Aprovação sem restrições.
<u>08012.002903/2006-00</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Aquisição pela Pátio (subsidiária da Primav EcoRodovias S.A.) de 97,63% das quotas representativas do capital social da Ecopatio, que pertence a Markom. Mercado de atividades ligadas à concessão de direito real de uso de imóvel no município de Cubatão/SP. Faturamento superior a R\$ 400 milhões de pelo menos uma das Requerentes. Operação subsumida às hipóteses previstas no art. 54, § 3º, da Lei 8.884/94. Pareceres favoráveis da SEAE, SDE e ProCADE. Aprovação sem restrições.
<u>08012.006347/2003-90</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Operação de transferência do controle acionário da concessionária Rodovia das Colinas, anteriormente detida pela Civilia, para a Empate. Apresentação tempestiva. Inexistência de integração vertical. Enquadramento da operação no disposto no caput e §3º do artigo 54 da Lei de Defesa da Concorrência. Aprovação da operação sem restrições.
<u>08012.008442/2003-28</u> ⁷³⁵ <u>08012.002816/2001-30</u> <u>08012.000070/2004-72</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Atos de concentração. Constituição da Companhia de Concessões Rodoviárias - CCR, e posterior reestruturação societária. Enquadra-se no critério de faturamento previsto no § 3º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94. Recolhida a taxa processual. Primeira operação intempestiva e as outras

⁷³⁵ Esses três atos de concentração diziam respeito a operações societárias sucessivas e foram julgados em conjunto. Das operações analisadas, duas possuíam cláusula de não concorrência, cuja retirada foi exigida pelo CADE como condição à aprovação da operação. A primeira das operações não possuía essa restrição. Por conseguinte, para efeitos da análise quantitativa consideramos que este caso engloba 01 ato de concentração aprovado sem restrições e 02 aprovados com restrições.

		duas tempestivas. <u>Aprovação com restrições</u>
<u>08012.006786/2008-15</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração - Operação realizada no Brasil - Celebração de contrato de concessão, entre a Concessionária do Rodoanel Oeste S.A. e a Artesp, para exploração do trecho oeste do Rodoanel Mário Covas - Parte envolvida pertencente a grupo com faturamento bruto no Brasil superior a R\$ 400 milhões - Pelo conhecimento - Apresentação tempestiva - Mercado de prestação de serviços rodoviários - Inexistência de prejuízos à concorrência - Aprovação sem restrições.
<u>08012.001674/2008-60</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Procedimento Sumário. Operação em âmbito nacional. Contrato de Concessão entre Autopista Planalto S. A. e Agência Nacional de Transportes Terrestres para exploração da rodovia BR 116/PR/SC, no trecho entre Curitiba/PR e a divisa entre os estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Hipótese prevista no art. 54, §3º da Lei 8.884/94. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Mercado relevante local de exploração de concessão de rodovia e mercado internacional de acesso a concessão de uso de rodovia, via processo licitatório. Pareceres da SEAE e da ProCADE pela aprovação sem restrições. Aprovação da operação sem restrições.
<u>08012.001672/2008-71</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Procedimento Sumário. Aquisição. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Mercado de exploração de rodovias. Monopólio Natural. Inexistência de sobreposição horizontal ou vertical. Ausência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.
<u>08012.001675/2008-12</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Procedimento Sumário. Aquisição. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Mercado de exploração de rodovias. Monopólio Natural. Inexistência de sobreposição horizontal ou vertical. Ausência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.
<u>08012.001673/2008-15</u>	Atos e Contratos do	Ato de concentração. Mercado regulado. Concessão de rodovias. Hipótese prevista no

	Artigo 54	art. 54, §3º da Lei 8.884/94. Apresentação tempestiva. Inexistência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.
<u>08012.002519/2002-75</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Aquisição, pela OHL Participações, da totalidade do capital social de Centrovias. Mercado de atividades de exploração do sistema rodoviário em regime de concessão da malha rodoviária de ligação entre São Carlos, Itirapina, Brotas, Jaú e Bauru. Operação subsumida, tempestiva e aprovada sem restrições.
<u>08012.013428/2007-70</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Operação de aquisição da totalidade das ações representativas da Rodovia das Cataratas S.A.pela Primav Ecorodovias S.A.. Faturamento, no Brasil, superior a R\$ 400 milhões. Hipótese prevista no §3º do artigo 54 da Lei 8.884/94. Apresentação tempestiva. Pareceres favoráveis da SEAE, da SDE e da ProCADE. Aprovação sem restrições.
<u>08012.001191/2008-65</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Procedimento sumário. Aquisição de 40% do capital social da Renovias pela CCR. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Mercado de exploração de serviços de concessões rodoviárias. Pareceres convergentes pela aprovação. Ausência de efeitos anticompetitivos. Pela aprovação sem restrições.
<u>08012.004132/2009-20</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Formação da sociedade de propósito específico Transbrasiliana Concessionária de Rodovia S.A. para formalização de contrato de concessão de rodovia com a Agência Nacional de Transportes Terrestres. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Apresentação intempestiva. Taxa processual recolhida. Aprovação sem restrições, em consonância com o parecer da SEAE/MF.
<u>08012.004604/1998-67</u>	Averiguação Preliminar	Averiguação Preliminar - Alegação de prática de cartel para participação em licitação pública de concessão rodoviária - Inexistência de indícios de infração à ordem econômica - <u>Decisão pelo arquivamento.</u>
<u>08012.011991/2008-94</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Aquisição da Somangue Itínere - Concessões de Infraestruturas S.A. pela Autostrade per L'Italia S.P.A.. Hipótese de subsunção

		prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Mercado (e metamercado) de concessão de rodovias. Ausência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.
<u>08012.003499/2009-26</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Procedimento Sumário. Substituição de agente econômico. Aquisição, pela Heber Participações S/A, de 50% das ações emitidas pela Concessionária Rodovias do Tietê S/A, anteriormente detidas pela Equipav S/A. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Aprovação sem restrições, em consonância com o parecer da SEAE/MF.
<u>08012.003712/2009-08</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Mercado (e metamercado) de concessão de rodovias. Ausência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.

6. Setor de aeroportos (*slots*)

Chave de busca principal: “aeroporto”

Chaves de controle: “slots”⁷³⁶; “transporte aéreo”, “setor aéreo”⁷³⁷; “VRG”⁷³⁸

Nº Processo	Tipo do Processo	Ementa
<u>08012.003267/2007-14</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Subsunção ao art. 54, § 3º, em razão do faturamento e participação de mercado das Requerentes. Apresentação tempestiva. Taxas processuais recolhidas. Aquisição da VRG Linhas Aéreas S.A. pela GTI S.A., pertencente a Gol Linhas Aéreas Inteligentes. A VRG, até a presente operação, é detentora da Unidade Produtiva Varig, alienada em leilão, em processo de recuperação judicial das empresas Varig, Rio Sul e Nordeste Linhas Aéreas S.A. Mercado de transporte aéreo de passageiros, nacional e internacional, considerados ponto de origem/destino. Cláusula de não-concorrência abrangendo, além do mercado relevante, o setor de transportes exclusivos de cargas Existência de elevada concentração horizontal na oferta de assentos nos mercados considerados. Mercados relativamente contestáveis, com exceção dos trechos envolvendo o aeroporto de Congonhas e as rotas internacionais, onde se verificou a existência de efetiva rivalidade no mercado. Pareceres convergentes pela aprovação. <u>Aprovação, com a restrição de limitar a cláusula de não-concorrência ao mercado relevante da operação.</u>
<u>08012.007916/2006-67</u>	Atos e Contratos do	Ato de Concentração. Operação em âmbito internacional. Aquisição pela VRG Linhas Aéreas S.A. do conjunto de bens e direitos da

⁷³⁶ A busca por “slot” retornou apenas um ato de concentração, referente a compartilhamento de espaço em navios (transporte marítimo).

⁷³⁷ A busca por “setor aéreo” retornou apenas um voto, referente ao arquivamento da fusão Varig-TAM, ante a desistência das requerentes (AC 08012.001291/2002-87).

⁷³⁸ A busca por “VRG” retornou, dentre atos de concentração que já haviam sido trazidos pelas outras chaves de busca, o ato de concentração 08012.007916/2006-67, referente à recuperação judicial da Varig, decisão essa relevante para o escopo da análise da tese. Nenhuma das chaves de busca utilizadas retornou a averiguação preliminar 08001.006298/2004-33, referente à acusação de prática de preço predatório pela Gol Linhas Aéreas S.A. (arquivada por atipicidade). Entretanto, o caso foi considerado na análise, por já ser de nosso conhecimento pregresso.

	Artigo 54	Varig, em processo de Recuperação Judicial. Apresentação tempestiva. Ausência de manifestações contrárias à operação. Inexistência de prejuízos à concorrência. Convergência dos pareceres da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE/MF, Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE/MJ e Procuradoria do CADE. Aprovação da operação sem restrições.
<u>08012.004489/2000-70</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Aquisição, pela UPS, da totalidade dos ativos e direitos, bem como de determinadas rotas aéreas internacionais pertencentes a Challenge. Art. 54, § 3º, da Lei n. 8.884/94. Mercados relevantes de serviço: transporte aéreo internacional de cargas e agenciamento de transporte aéreo nacional e internacional de cargas, na modalidade courier. Mercados relevantes geográficos: Brasil- Argentina; Argentina-Brasil; Brasil-Panamá; Panamá- Brasil; Brasil-EUA; e EUA-Brasil (mercado de transporte aéreo internacional de cargas) - regiões metropolitanas de São Paulo, Rio de Janeiro e Porto Alegre, e Campinas-SP (mercado de agenciamento de transporte aéreo nacional e internacional de cargas, na modalidade courier). Ocorrência de integração vertical. Inexistência de prejuízos à concorrência. Tempestividade na apresentação da operação. Contagem do prazo de notificação da operação às autoridades de defesa da concorrência a partir das autorizações de que trata o Código Brasileiro de Aeronáutica. Aprovação sem restrições.
<u>08012.000074/2007-01</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Procedimento Sumário. Ingresso de capital proveniente de investidores estrangeiros em empresa brasileira. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Conhecimento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Mercado relevante: serviços de transporte aéreo de passageiros (regular e charter) e cargas. Ausência de sobreposição horizontal ou relação vertical. Manutenção integral da cláusula de não-concorrência. Inexistência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.
<u>08012.006671/2002-27</u>	Atos e Contratos do	Ato de concentração. Trata-se de um Acordo Operacional celebrado entre as Requerentes

	Artigo 54	Varig, Rio Sul e Nordeste, com a finalidade de otimizar as suas respectivas operações. Mercado relevante quanto ao produto é o mercado de transporte aéreo de passageiros e de cargas. Mercado geográfico configurado como sendo o mercado internacional. Operação enquadrável no § 3º, do art. 54, da Lei nº 8.884/94, - Operação apresentada tempestivamente. Voto pela aprovação sem restrições.
<u>08012.000677/1999-70</u>	Processo Administrativo Lei 8884/1994	Processo Administrativo. Instaurado ex officio pela SDE contra a Viação Aérea Rio-Grandense - VARIG S/A, Transportes Aéreos Regionais S/A - TAM, TRANSBRAZIL S/A Linhas Aéreas e Viação Aérea São Paulo S/A - VASP e seus respectivos administradores. Cartel. Condutas previstas nos incisos I, II e XXIV do art. 21 da Lei 8.884/94. Mercado relevante: transporte aéreo regular de passageiros. Dimensão geográfica: rota "Santos Dumont/Congonhas" (Ponte Aérea Rio de Janeiro-São Paulo). Inexistência de indícios do uso de ferramentas do sistema ATPCO para coordenar aumento de preços. O Plenário, em preliminar sobre a subsistência do voto do Relator, por unanimidade, considerou-o subsistente. No mérito, <u>o Plenário, por maioria, considerou as Representadas como incursas no art. 20, incisos I, c.c. o art. 21, incisos I e II, ambos da Lei nº 8.884/94</u> , vencidos o Conselheiro Thompson Almeida Andrade e a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina. No que tange a multa, o Plenário, por maioria, condenou cada uma das Representadas ao pagamento de multa no valor equivalente a 1% (um por cento) sobre o valor do faturamento das Representadas, no mercado relevante identificado, referente ao exercício de 1999, nos termos do voto do Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, além de outras cominações e determinações, determinadas no voto do Conselheiro Esteves Scaloppe. Vencido o voto do Conselheiro Roberto Pfeiffer no que tange a base do cálculo da pena. ⁷³⁹
<u>08012.004066/2008-15</u>	Atos e Contratos do	Ato de Concentração. Aquisição de controle isolado. Hipótese de subsunção prevista no

⁷³⁹ Descrição retirada diretamente da página de acompanhamento processual do CADE. <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em 14.01.2011.

	Artigo 54	art. 54, §3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento de acionista. Conhecimento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Mercado relevante de serviços de transporte aéreo de passageiros e de carga. Sobreposição horizontal. Concorrência entre rotas diretas e rotas com escala. Estrutura operacional hub-and-spoke nos EUA. Inexistência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.
<u>08012.004387/2009-92</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Procedimento Sumário. Joint Venture. Delta, Air France, AFKL. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Apresentação tempestiva. Taxa processual devidamente recolhida. Setor envolvido: transporte aéreo de passageiros. Ausência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.
<u>08012.006677/2009-71</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Procedimento Sumário. Permuta, entre a US Airways Inc. ("US Airways") e a Delta Air Lines Inc. ("Delta"), de autorizações para operação de frequência de transporte internacional de passageiros, correspondência e cargas entre Estados Unidos da América e Brasil. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº. 8.884/94 - faturamento. Apresentação tempestiva. Concentração horizontal. Setor de atuação: transporte aéreo de passageiros regular. Substituição de agente econômico. Ausência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.
<u>08012.009685/2009-79</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Procedimento Sumário. Fusão. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei 8.884/94 - faturamento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Setor(es) envolvido(s): transporte aéreo de passageiros e de cargas. Ausência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.
<u>08001.006298/2004-03</u>	Averiguação Preliminar	Averiguações preliminares - Denúncia de prática de preços predatórios na tarifa de passagens aéreas - Análise em conformidade com a Portaria SEAE/MF nº 70/2002 ("Guia de Análise de Preços Predatórios") - Pareceres da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE/MF, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE/MJ e da Procuradoria do CADE pelo

		arquivamento - Inexistência de indícios de infração à ordem econômica - Cobrança de tarifa promocional não configura ilícito antitruste. <u>Arquivamento.</u>
<u>08012.000321/2010-67</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Aquisição pela TAM Linhas Aéreas da totalidade das ações que compõem o capital da Pantanal Linhas Aéreas. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Setor de aviação civil. Ausência de prejuízos à concorrência. Operação conhecida e aprovada sem restrições.

7. Distribuição de gás canalizado.

Chave de busca principal: “gás canalizado”.

Chaves de controle: “distribuição de gás”⁷⁴⁰; “concessão de gás”.⁷⁴¹

Nº Processo	Tipo do Processo	Ementa
<u>08012.004550/1999-11</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Aquisição, pela Integral Holdings S/A, das ações ordinárias nominativas representativas de 67,2269% do capital votante da Companhia de Gás do Estado de São Paulo, por meio de Leilão Público no âmbito do programa Estadual de Desestatização. Mercado relevante da operação: serviço de distribuição de gás canalizado, serviço de comercialização de gás canalizado para os segmentos residencial e comercial, serviço de comercialização de gás canalizado para os demais segmentos, na Região Metropolitana de São Paulo, Vale do Paraíba e Baixada Santista, totalizando 177 municípios, listados nos autos. Incompetência do CADE, órgão de adjudicação adstrito à matéria concorrencial, em face da atribuição aos Estados da competência constitucional (art. 25, §2º) para a exploração dos serviços de gás canalizado, inovar, modificar ou criar regulação diversa daquela do agente com capacidade para tal. Relação de complementaridade, e não de exclusão ou de conflito de competências, entre a atividade regulatória das agências setoriais e a função preventiva e repressiva desempenhada pelo CADE na defesa da livre concorrência. Apresentação tempestiva. Aprovação sem restrições.
<u>08012.000035/2000-68</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Contrato de concessão de serviço público. Ato do art. 54 caput, da Lei 8.884/94. Mercados relevantes de produto/serviço: serviço de distribuição de gás canalizado;

⁷⁴⁰ Retornou 01 caso em adição aos inicialmente obtidos, que foi adicionado à lista: AC 08012.007197/2004-12.

⁷⁴¹ Não retornou qualquer caso.

serviço de comercialização de gás canalizado para os segmentos Residencial e Comercial; e serviço de comercialização de gás canalizado para os segmentos Industrial, Grandes Usuários, Termoelétrica, Cogeração, Gás Natural Veicular e Interruptível. Mercado relevante geográfico: a área de concessão, no caso da distribuição e da comercialização para os segmentos Residencial e Comercial; e, a área das regiões Sul/Sudeste/Centro Oeste (Estados de MT, MS, SP, RJ, ES, MG, GO, DF, PR, SC e RS), no caso da comercialização para os demais segmentos. Monopólio natural. Mercados regulados. Integração vertical. Recomendação da SDE de aprovação sob condições e de uso da competência do art. 7º, inc. X, da Lei 8.884/94. Competência do CADE para apreciar atos decorrentes da privatização de serviços públicos. Não ocorrência de limitação, prejuízo à concorrência, ou dominação de mercado relevante. Aprovação sem restrições. Providências determinadas pelo Plenário. I -Relevante para o direito concorrencial é a integração, em mãos de uma, do poder econômico antes detido por duas ou mais empresas independentes; II- Na prestação de serviços públicos, incumbe ao Estado constituído deliberar livremente quanto à estrutura do mercado a teor do art; 175 da Constituição; III -Nenhum ato se exclui da apreciação do CADE em virtude de imunidade subjetiva de seu autor; IV -As operações societárias envolvendo prestador de serviço público sujeitam-se à exigência do art. 54 , da Lei 8.884/94, restringindo-se a análise, porém, apenas à legitimidade do ato da empresa enquanto tal.

08012.008261/2003-00

Atos e
Contratos do
Artigo 54

Ato de Concentração. Aquisição, pela Gás Natural, da totalidade das ações detidas, direta ou indiretamente, pela Enron no capital social das empresas Companhia Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro - CEG e da CEG-Rio. Hipótese prevista no art. 54,§ 3º da Lei 8.884/94. Apresentação tempestiva. Ausência de manifestações contrárias à operação. Inexistência de prejuízos à concorrência. Convergência dos pareceres da SEAE/MF, SDE/MJ, ProCADE e MPF. Aprovação sem restrições.

<u>08012.005516/2001-11</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Criação da Agência Goiana de Gás Canalizado S.A. Goiásgás. Mercado de prestação dos serviços de distribuição e comercialização de gás natural no Estado de Goiás. Operação tempestiva, subsumida e aprovada sem restrições. Determinação de expedição de ofício à Secretaria de Infraestrutura do Estado de Goiás.
<u>08012.007197/2004-12</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Subsunção do ato ao § 3º do artigo 54 da Lei 8884/94, em função do faturamento das Requerentes. Apresentação tempestiva. Aquisição pela Gaspetro e TSS de ações ordinárias e preferenciais da Gasmig detidas pela CEMIG. Mercado de distribuição de gás canalizado no Estado de Minas Gerais. Ausência de concentração horizontal. Integração vertical. Inexistência de efeitos anticompetitivos. Aprovação sem restrições.
<u>08012.003461/2001-04</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Operação de uma nova empresa, a CEBGÁS, a partir da associação de sociedade das empresas, GASPETRO GÁS S/A, BRASILAGÁS S/A e COMPANHIA ENERGÉTICA DE BRASÍLIA - CEB. Hipótese prevista no §3º do artigo 54 da Lei 8.884/94, em razão do faturamento das empresas superar R\$ 400 milhões. Apresentação tempestiva. Mercados relevantes de exploração de distribuição e comercialização de gás combustível canalizado no âmbito do Distrito Federal. Atividade inexistente no Distrito Federal. Inexistência de danos ao mercado ou à livre concorrência. Aprovação sem a imposição de restrições.
<u>08012.0022455/2002-11</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Art. 54, § 3º, da Lei 8.884/94. Contrato de concessão de serviço público. Mercados relevantes de produto/serviço: prestação dos serviços de distribuição e de comercialização de gás natural. Mercado relevante geográfico correspondente ao Estado do Piauí. Monopólio natural. Mercados regulados. Recomendações da ANP e da SEAE de aprovação do Ato sem restrições, mas com sugestões ao Poder concedente. Atribuições do CADE no âmbito regulatório dos Estados: não interferência no marco

		regulatório. Operação não gera efeitos anticoncorrenciais. Aprovação do ato sem restrições.
<u>08000.021006/97-65 e</u> <u>08012.021008/97-91</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Privatização de serviço público. Art. 54, § 3º, da Lei 8.884/94. Contrato de concessão de serviço público. Mercados relevantes de produto/serviço: prestação dos serviços de distribuição, de armazenamento e de comercialização de gás natural. Mercado relevante geográfico: Estado do Rio de Janeiro. Monopólio natural. Mercados regulados. Integração vertical. Recomendações da SEAE para aprovação do Ato sob condições e de solicitação aos órgãos públicos de cumprimento da Lei 8.884/94. Estrutura do mercado inalterada. Aprovação do ato sem restrições. Cabe ao poder concedente avaliar a conveniência e a oportunidade das medidas propostas
<u>08012.006207/98-48</u>	Processo administrativo	Processo administrativo instaurado para apurar urna suposta prática anticoncorrencial de fixação de preços abusivos pelas representadas, cuja previsão como infração está descrita no art 21, inciso XXIV, da Lei nº 8884/94. Competência do regime regulatório. Condições para atuação do CADE em mercado objetos de regulação econômica. Atuação do CADE em relação a atos de agências reguladoras. Preliminar de mérito, com relação à inclusão da ASEP-RJ (Agência Reguladora de Serviços Público do Estado do Rio de Janeiro) no pólo passivo. pela imputação a esta de possíveis práticas anticoncorrenciais apontadas por SEAE e SDE. A ASEP-RJ por não desempenhar atividade econômica direta, dá a compreensão de que só poderia figurar no pólo passivo do processo administrativo pela sua atuação como agente fiscalizador e regulamentador dos serviços de fornecimento de gás natural dentro do Estado do Rio de Janeiro. Adequação da state action doctrine pelo direito brasileiro. O CADE pode agir em lugar da política regulatória quando esta não for especificamente delineada na legislação, ou quando o órgão regulador age positiva ou negativamente de modo a inutilizar ou ultrapassar sua política regulatória, abrindo margem ao mercado pala condutas infrativas da ordem econômica. O CADE pode atuar em mercados regulados cuja

estipulação reguladora de seu órgão responsável permita a atividade livre no mercado. Detectado que os atos da agência reguladora estão razoavelmente dentro de suas perspectivas regulatórias. O sistema de tarifas máximas diferenciadas por blocos de consumo aplicado pelas concessionárias, na sua concepção e na metodologia usada para seu emprego e administração, atende os requisitos de um sistema regulatório eficiente e promotor do bem-estar social. O sistema de *by-pass* comercial está adequado, mas foi verificada a necessidade de estado preventivo de seu funcionamento pela agência reguladora. As práticas das empresas concessionárias de fornecimento de gás natural que, alegaram as representantes, seriam anticoncorrenciais, foram realizadas na obediência estrita da regulamentação sobre o assunto, emanada, como visto, de órgãos competentes e decisões políticas legítimas. Não podendo as empresas agirem de outra forma, não se pode acusá-las de infração à ordem econômica por meio da dominação de mercado ou aumento abusivo de lucro. No tocante às alegações referentes às possíveis restrições nos termos contratuais de concessão ao desenvolvimento do mercado de comercialização de gás natural, entendo que cabe ao Poder Concedente estar atento às possíveis medidas a serem tomadas para sua adequação. Ao CADE cumpre alertar para a necessidade de instauração das condições propícias para o desenvolvimento pleno e livre desse mercado, em benefício do interesse público. Conhecido o recurso de ofício, Sendo, porém, improvido no mérito, determinando-se o arquivamento do processo e a extinção da medida preventiva aplicada ao caso.

8. Setor de saneamento (decisões relacionadas às concessões de água e esgotamento sanitário)

Chave de busca principal: “saneamento”.

Chaves de controle: “água e esgoto”.

Nº Processo	Tipo do Processo	Ementa
<u>08012.002929/2010-26</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Rito Sumário. Contrato de concessão de prestação de serviço público de saneamento básico. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Mercado de saneamento básico - água e esgoto. Ausência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.
<u>08012.000886/2008-20</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Operação, realizada em âmbito nacional, na qual a Copel Participações S/A adquirirá 30% das ações ordinárias no capital social da Dominó Holdings S/A de propriedade da sociedade empresária limitada Sanedo Participações Ltda.. O Grupo Dominó Holdings S/A possui 39,7% das ações ordinárias do capital social da empresa SANEPAR- Companhia de Saneamento do Paraná. Procedimento Sumário. Hipótese prevista no art. 54, §3º da Lei 8.884/94. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Setor de saneamento básico. Ausência de manifestações contrárias à operação. Inexistência de prejuízos à concorrência. Convergência dos pareceres da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE/MF e da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE/MJ, e da Procuradoria do CADE - ProCADE. Aprovação sem restrições.
<u>08012.010381/2009-54</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Rito Sumário. Notificação prévia de associação ("joint venture"). Hipótese de subsunção prevista no art. 54, §3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Serviços essenciais e de infraestrutura, saneamento básico - água e esgoto. Ausência de sobreposição horizontal ou de integração vertical. Ausência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.

<u>08012.003775/2000-18</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Operação de subscrição de capital da empresa Henvironmenth Serviços Ambientais S/C Ltda, pela Geoplan Assessoria, Planejamento e Perfurações Ltda. Hipótese prevista no §3º, do art. 54 da Lei 8.884/94, em razão do faturamento da Geoplan superar R\$ 400 milhões. Apresentação tempestiva. Mercado de exploração de poços artesianos e negócios ligados ao setor de saneamento em geral, captação e abastecimento. Mercado pulverizado. Reduzida participação de mercado da Adquirida. Inexistência de efeitos anticoncorrenciais. Aprovado sem restrições.
<u>08012.010131/2007-52</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Mercados de prestação de serviços públicos de saneamento. Hipótese prevista no art. 54, §3º da Lei 8.884/94. Apresentação tempestiva. Ausência de manifestações contrárias à operação. Entrada de agente em setor fortemente regulado. Inexistência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.
<u>08012.003097/2000-93</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração que trata da operação de aquisição, pela DRMA, empresa do grupo Suez Lyonnaise des Eaux, de 88,91% do capital social da Manaus Saneamento S/A, em processo público de leilão de privatização da empresa. Mercados relevantes de tratamento e de destinação final de resíduos. A operação envolve a troca do controlador da empresa de saneamento por um agente que antes não atuava no mercado, não havendo o que tratar a respeito de concentração horizontal. Não se verificou riscos oriundos de concentrações verticais ocorridas na operação. A operação não gera efeitos anticoncorrenciais, nem pode levar à dominação de mercados relevantes, nos termos do art. 54 da lei nº 8.884/94. Operação apresentada tempestivamente, com base na data de assinatura do contrato. Aprovação do Ato de Concentração sem restrições.
<u>08012.006721/2008-61</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Rito Sumário. Enquadramento no inciso VI do artigo 6º da Portaria Conjunta SDE/SEAE nº 001/2003. Subsunção do ato ao §3º do artigo 54 da Lei nº 8.884/1994, em função faturamento das

		<p>requerentes. Apresentação tempestiva. Aquisição pela Odebrecht de todas as ações da Ecosama, anteriormente detidas pela Construtora Gautama. Atuação da Ecosama no mercado de saneamento básico no município de Mauá. Inexistência de concentração horizontal ou vertical, sendo a presente operação incapaz de gerar efeitos anticoncorrenciais. Aprovação sem restrições.</p>
<u>08012.007261/2008-99</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	<p>Ato de concentração. Procedimento sumário. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, §3º, da Lei nº 8.884/94 – faturamento. Aquisição de empresa. Conhecimento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Serviço concedido de saneamento básico no Município de Cachoeiro do Itapemirim (ES). Monopólio natural. Substituição de agente econômico. Mercado regulado. Inexistência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.</p>
<u>08012.007815/2001-81</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	<p>Ato de concentração. Aquisição conjunta da Azurix Brasil Development Ltd pelos Grupos EBX e Nexus, por meio da Geoplan Holding Company Ltd. Mercado Relevante mercado de prestação de serviços de saneamento básico e de perfuração e manutenção de poços artesianos. Mercado geográfico nacional. Mera substituição de players. Operação enquadrável no § 3, do art.54, da Lei nº 8.884/94. Operação apresentada tempestivamente. Inexistência de efeitos anticoncorrenciais. Voto pela aprovação.</p>
<u>08012.014484/2007-21</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	<p>Ato de concentração. Operação em âmbito nacional. Procedimento sumário. Apresentação tempestiva. Aquisição da totalidade das ações da Aguaspar S.A. pela CAB Paranaguá. Convergência de pareceres pela aprovação. Monopólio natural de serviço público de saneamento básico. Substituição de agente econômico. Ausência de danos à concorrência. Aprovação sem restrições.</p>
<u>08012.007877/2009-41</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	<p>Ato de Concentração. Procedimento Sumário. Setor de Infraestrutura (saneamento básico - água e esgoto). Investimento realizado pelo fundo FI-FGTS na Foz do Brasil S/A. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Apresentação tempestiva. Taxa</p>

		processual recolhida. Aprovação sem restrições, em consonância com o parecer da SEAE/MF.
<u>08012.009856/2008-89</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Constituição da SESAMM pela SABESP, INIMA, TGM e ETEP em virtude de celebração de Contrato de Concessão. Setor de atividade: saneamento básico. Apresentação tempestiva. Conhecimento. Aprovação sem restrições

9. Setor de telefonia fixa (STFC)

Chave de busca principal: “telefonia fixa”.

Chaves de controle: “STFC”.

Nº Processo	Tipo do Processo	Ementa
<u>53500.005919/2001</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Operação correspondente à aquisição de 23,34% das ações da Olivetti que pertenciam à Bell e outro acionista minoritário por uma empresa a ser formada pelo Grupo Pirelli e pelo Grupo Benetton, que será denominada NewCo. Mercados relevantes de fabricação de fios e cabos de cobre, cabos de fibra ótica e telefonia fixa e móvel. Mercado relevante geográfico referente ao território nacional. Existência de integração vertical entre as requerentes. Operação tempestivamente apresentada. Pareceres da ANATEL, SEAE, SDE e Procuradoria do CADE pela aprovação. Inexistência de danos à concorrência. Aprovado sem restrições.
<u>53500.007079/2001</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração que trata da reestruturação societária e financeira da Vésper São Paulo S.A e Vésper S.A. Operação apresentada tempestivamente ao SBDC. (...). De acordo com a Anatel os mercados relevantes afetados pela operação são os seguintes: (i) telefonia fixa na Região I (Regiões Sudeste - exceto Estado de São Paulo, Nordeste e Norte - apenas os Estados Pará, Amapá, Amazônia e Roraima) e (ii) telefonia fixa na Região III (Estado de São Paulo). (...) A operação não gera concentração horizontal nos mercados analisados. Operação aprovada sem restrições.
<u>53500.012487/2007</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Aquisição de ações minoritárias da Telecom Itália pela Telco, sociedade da qual participam as Requerentes Telefônica, AG, IS, SI e MB. Subsunção critérios

		<p>faturamento e participação. Apresentação tempestiva. Impugnantes. Setor: telecomunicações. Serviço Móvel Pessoal (SMP), Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), Serviço de Telefonia Fixa Comutada (STFC) Local, LDN e LDI. Restrições ANATEL. Construção de estrutura de governança societária. Separação das atividades da Telefônica e da Telecom Itália no Brasil (Vivo, Telesp, Tim). Aquisição de participação minoritária em empresa rival. Ausência de controle e influência relevante. Participação passiva. Insuficiente para descartar efeitos anticompetitivos. Possibilidade de diminuição dos incentivos a competir (efeitos unilaterais) e facilitação de colusão (efeitos coordenados). Necessidade de análise das características do mercado e da estrutura de participações societárias. Participação societária unilateral. <u>Necessidade de remédios adicionais para limitação de troca de informações e monitoramento.</u> <u>Aprovação condicionada à celebração de TCD.</u></p>
<u>53500.000248/2008</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	<p>Ato de concentração. Aquisição da ETML Empresa de Telefonia Multiusuário Ltda. pela Ideiasnet S.A.. Faturamento do Grupo comprador, no Brasil, superior a R\$ 400 milhões. Setor de atividades: Serviços de Telefonia Fixa Comutada ("STFC"), nas modalidades local, longa distância nacional e longa distância internacional. Apresentação tempestiva. Operação realizada no Brasil. Pareceres favoráveis da ANATEL e ProCADE. Aprovação sem restrições.</p>
<u>53500.010496/2009</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	<p>Ato de Concentração. Aquisição. Procedimento Sumário. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Setor de telefonia fixa e de comunicação multimídia. Sobreposição horizontal. Integração vertical. Inexistência de prejuízos à concorrência. Aprovação</p>

		sem restrições.
<u>53500.004382/2003</u>	Averiguação Preliminar	Averiguação Preliminar. Apuração de suposta conduta de cobrança de preço predatório. Mercado nacional de telefonia fixa comutada e transmissão de dados. Estrutura de mercado não propícia à prática da conduta. Irracionalidade da conduta. Ausência de provas. Inexistência de Infração à ordem econômica. Não provimento do recurso. <u>Arquivamento.</u>
<u>53500.000528/2002</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Operação realizada no Brasil entre as empresas Companhia de Telecomunicações do Brasil Central - CTBC Telecom, Algar Telecom S/A e Engeredes Redes Multimídia S/A. Mercado relevante de prestação de serviços de transmissão de dados juntamente com o Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC. Mercado relevante geográfico nacional. Operação enquadrada no artigo 54 da Lei 8.884/94. Apresentação tempestiva. Ausência de danos à concorrência. Voto pela aprovação sem restrições.
<u>08012.005644/2005-80</u>	Averiguação Preliminar	Averiguação Preliminar - Denúncia de práticas anticompetitivas contra o provedor de acesso à Internet Oi Internet e a concessionária de STFC Telemar. Pareceres da SDE/MJ, ProCADE e Ministério Público Federal pelo arquivamento do processo. Inexistência de indícios de subsídio cruzado ou tratamento não-isonômico. Promoção por tempo limitado utilizada como estratégia de entrada no mercado. <u>Pelo arquivamento.</u>
<u>53500.000870/1999</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Aquisição, pela empresa Canbrá Telefônica S/A (com nova denominação social, Mirror S.A), de autorização para a exploração do Serviço Telefônico Fixo Comutado-STFC, Modalidade Longa Distância Nacional de âmbito Intra-Regional e Local da Região I-Empresa Espelho, definida no Plano Geral de Outorgas- PGO. Participação dos principais acionistas da Canbrá Holding, controladora da Mirror S.A, na empresa Megatel Holding S.A, controladora da Megatel

		do Brasil S.A, empresa espelho do STFC na Região III do Plano Nacional de Outorgas, referente ao Estado de São Paulo. Inexistência de Concentração horizontal ou vertical, dada a definição de mercado relevante geográfico delimitado pela área de concessão. Operação não passível de provocar danos à concorrência nem levar à dominação de mercados relevantes, nos termos do art. 54 da Lei nº 8.884/94. Aprovação sem restrições.
<u>53500.002454/1999</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Obtenção de Autorização do Serviço Telefônico Fixo Comutado STFC da Região III Empresa Espelho, pela Megatel do Brasil S.A. Apresentação tempestiva. Não caracterização de alteração no grau de concentração do mercado. Continuidade do processo de reestruturação do setor de telecomunicações brasileiro. Aprovação sem restrições.
<u>53500.005498/1999</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Reestruturação societária das empresas Teles, Telesp Participações S.A - TELESpPAR, Companhia Telefônica da Borda do Campo - CTBC e SPT Participações S.A em que todos os seus direitos e obrigações foram reunidos na empresa Telecomunicações de São Paulo S.A - Telesp. Reestruturação Societária englobando empresas de um mesmo grupo econômico e em que está envolvida parcela representativa dos acionistas minoritários não participantes do grupo controlador, deixando inalterada a estrutura do mercado relevante e a concorrência no Serviço Telefônico Fixo Comutado-STFC na Região III do Plano Geral de Outorgas. Operação não passível de provocar danos à concorrência nem levar à dominação de mercados relevantes, nos termos do art. 54 da Lei nº 8.884/94. Aprovação sem restrições.
<u>53500.005049/2002</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Operação de reestruturação societária, com alteração de controle, da Solpart Participações S.A. (doravante

<p><u>53500.000248/2008</u></p>	<p>Atos e Contratos do Artigo 54</p>	<p>"Solpart"), contemplando a opção de venda de ações e, conseqüentemente, a concessão do controle acionário detido pela Telecom Itália para a Timepart e Techold. Apresentação tempestiva. Operação subsumida ao § 3º, do artigo 54, da Lei 8.884/94, em função do faturamento no Brasil do Grupo Telecom Itália. Mercados relevantes: serviço de telefonia móvel, ofertado em todo o país e o Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC, prestado na Região II, do PGO. Operação incapaz de gerar danos à concorrência. Ausência de impactos decorrentes da reestruturação societária. Ausência de possibilidade de exercício de poder de mercado. Aprovação sem restrições.</p>
<p><u>53500.005688/2000</u></p>	<p>Atos e Contratos do Artigo 54</p>	<p>Ato de concentração. Aquisição da ETML Empresa de Telefonia Multiusuário Ltda. pela Ideiasnet S.A.. Faturamento do Grupo comprador, no Brasil, superior a R\$ 400 milhões. Setor de atividades: Serviços de Telefonia Fixa Comutada ("STFC"), nas modalidades local, longa distância nacional e longa distância internacional. Apresentação tempestiva. Operação realizada no Brasil. Pareceres favoráveis da ANATEL e ProCADE. Aprovação sem restrições.</p> <p>Ato de concentração. Permuta de participações acionárias entre a Portugal Telecom S.A. e a Telefónica Internacional S.A., tendo como intervenientes anuentes São Paulo Telecomunicações Holdings S.A. e Portelcom Participações S.A.. De acordo com o Contrato de Permuta de Ações, a Portugal Telecom S.A. entregará à Telefónica Internacional S.A. as participações acionárias que detém, direta e indiretamente, na São Paulo Telecomunicações Holdings S.A. (controladora da Telecomunicações de São Paulo S.A.), representando 23% do capital social. Em contrapartida, a Telefónica Internacional S.A. entregará à Portugal Telecom S.A. as participações acionárias que detém, direta e indiretamente, na Portelcom</p>

		<p>Participações S.A. (controladora da Telesp Celular Participações S.A., que, por sua vez, controla a Telesp Celular S.A.), representando 35,8% do capital social. Adicionalmente, a Telefónica Internacional S.A. efetuará o pagamento do montante de US\$ 59,8 milhões à Portugal Telecom S.A.. Apresentação tempestiva. Definição de três mercados. Mercado relevante de prestação de STFC nos Setores 31, 32 e 34 da Região III. Mercado relevante de prestação de SMC nas áreas de concessão 1 e 2. Mercado relevante de prestação de SRTT no setor 31 da Região III. Operação sem impacto sobre as condições de mercado. Aprovação sem restrições.</p>
<p><u>53500.019422/2004</u></p>	<p>Atos e Contratos do Artigo 54</p>	<p>Ato de Concentração. Aquisição, pela Telmex junto à Globopar, de participação acionária minoritária nas prestadoras dos serviços de TV à Cabo e MMDS, controladas pela Net Serviços, adquirindo-se participação acionária, também minoritária, nesta empresa. Operação realizada no Brasil entre empresa estrangeira e grupo brasileiro, com os ativos envolvidos presentes no território nacional. Setores de comunicação e entretenimento, e serviços essenciais e de infra-estrutura (internet). Mercado relevante: operadores de TV por assinatura local, acesso à internet banda larga local, e de serviços de voz local. Mercado relevante convergente dos serviços de telecomunicações e serviços de valor adicionado local em formação. Não identificação de concentração horizontal e integração vertical. Tempestividade na apresentação da operação. Aprovação sem restrições.</p>
<p><u>53500.005055/2003</u></p>	<p>Atos e Contratos do Artigo 54</p>	<p>Ato de concentração. Transação em nível nacional. Operação: aquisição, pela EMBRAPAR, da totalidade das participações detidas pela Qualcomm e pela Vésper no capital social das empresas Vésper Holding S.A., Vésper S.A., Vésper Holding São Paulo S.A. e Vésper São Paulo S.A. Foram excluídos da operação os ativos em torres de telecomunicações</p>

		<p>pertencentes às sociedades operacionais Vésper S.A. e Vésper São Paulo S.A. Setor de atividades em que ocorreu a operação: serviços essenciais – telecomunicações. Hipótese prevista no art. 54, § 3º, da Lei 8.884/94. Apresentação tempestiva. Ausência de prejuízos à concorrência – Aprovado sem restrições.</p>
<u>53500.010407/2004</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	<p>Ato de concentração. Apresentação tempestiva. Aquisição pela Telmex de participação acionária nas empresas Worldcom Holding do Brasil Ltda., da MCI International Telecomunicações do Brasil Ltda., da MCI Solutions – Telecomunicações Ltda. e da Startel Participações Ltda., Newstartel Participações Ltda. e na Embratel Participações S.A. Operação incapaz de gerar efeitos anticompetitivos. Aprovação sem restrições.</p>
<u>53500.012477/2008</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	<p>Ato de Concentração. Operação realizada no Brasil. Aquisição pela Oi de ações representativas do controle de emissão de Invitel, implicando a aquisição do controle indireto do Grupo Brasil Telecom pelo Grupo Oi. Subsunção em razão do faturamento e da participação de mercado das requerentes. Ato apresentado tempestivamente. Existência de terceiros interessados. Dificuldade na definição de mercados relevantes em um ambiente de convergência. Análise apriorística horizontal dos cenários sobre STFC local, longa distância nacional e internacional; de transmissão de dados corporativos nacionais; de provedores de internet em âmbito nacional. Avaliação da relação vertical entre os mercados de varejo e atacado no âmbito de telecomunicações. Integração vertical considerando a teoria do foot print, a avaliação da hierarquia de rede, o aumento do poder de barganha e a dimensão dinâmica do mercado. Existência de APRO, com as seguintes recomendações: obrigação de apresentação ao CADE de novas autorizações obtidas junto à ANATEL; obrigação de manutenção</p>

		de provedores gratuitos; obrigação de manutenção de independência de provedores banda larga. Pareceres: ANATEL, SEAE e SDE manifestaram-se pela aprovação incondicional do Ato de Concentração. A Procuradoria do CADE se posicionou pela necessidade de celebração de Termo de Compromisso de Desempenho. Resultado da Análise: <u>Aprovação do Ato de Concentração com a restrição de assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho.</u> Medida comportamental. Procedimentalização do sistema de monitoramento das restrições impostas pela ANATEL na Anuência Prévia.
<u>53500.002141/2003</u>	Recurso de Ofício em Averiguação Preliminar	Recurso de Ofício. Reclamação administrativa com pedido de medida cautelar. Lançamento da marca “VIVO”, com tarifa promocional. Suposta prática de preços abaixo do valor de custo da ligação LDN. Ligação para qualquer lugar do país, por preço de chamada local. Averiguação Preliminar promovida pela ANATEL. Sugestão de arquivamento, por não observar infração à ordem econômica. Prática sazonal, para lançamento da marca no mercado. Não caracterização de preço predatório, conforme Resolução CADE 20/99. Recurso conhecido e não provido. <u>Manutenção do arquivamento.</u>
<u>53500.005770/2002</u> (Medida Preventiva 08700.003174/2002-19)	Processo Administrativo	Processo administrativo no qual era alegado que concessionária do STFC local utilizaria sua posição dominante no mercado de insumos necessários à prestação de serviços de comunicação de dados para praticar preços diferentes para sua subsidiária e para empresa concorrente, configurando discriminação de preços. Medida preventiva deferida. <u>Processo encerrado por meio de celebração de Termo de Cessação de Prática.</u> ⁷⁴²

⁷⁴² Tendo em vista que o processo foi encerrado mediante assinatura de TCC, não há acórdão oficial disponível. A narrativa foi por nós elaborada a partir do despacho favorável à celebração do TCC, proferido pelo Conselheiro Luis Fernando Schuartz em 22.02.2006.

<u>53500.002287/2001</u> <u>53500.006875/2001</u> <u>53500.004151/2000</u> (Recurso Voluntário na Medida Preventiva 08700.001291/2003-29)	Processo administrativo	Denúncia de práticas anticoncorrenciais. Mercado relevante: provimento de acesso à rede local (Exploração Industrial de Linhas Dedicadas – EILD local) a baixas velocidades (até 2 Mbps). Reconhecimento do insumo como infra-estrutura essencial (<i>essential facility doctrine</i>). Medida preventiva deferida. <u>Processo encerrado por meio de Termo de Compromisso de Cessação de Prática.</u>
<u>08012.007667/2004-48</u> (Recurso Voluntário na Medida Preventiva 08700.000234/2005-94)	Processo Administrativo	Processo Administrativo instaurado em desfavor da representada para apurar a suposta ocorrência de infração à ordem econômica, que consistiria no bloqueio discriminatório do acesso a serviços de valor adicional (portais de voz) hospedados em redes de empresas de telefonia não ligadas aos interesses econômicos da Representada. Assinatura de <u>Termo de Compromisso de Cessação de Prática.</u>
<u>53500.001821/2002</u>	Processo Administrativo	Denúncia de prática de aumento artificial dos custos das concorrentes por parte da Representada, por meio da detenção de insumo essencial; subsídio cruzado; e discriminação de preço. Mercado relevante do produto: Serviço Telefônico Fixo Comutado de Longa Distância Nacional (STFC- LDN) e mercado de Interconexão. Mercado Relevante Geográfico: Região III do Plano Geral de Outorgas. Competência do CADE para investigar infrações contra a ordem econômica em setores regulados. Ausência de provas da ocorrência investigada. Conduta anticoncorrencial não caracterizada. <u>Decisão pelo arquivamento.</u>
<u>53500.001823/2002</u>	Processo Administrativo	Denúncia de prática de aumento artificial dos custos das concorrentes por parte da Representada, por meio da detenção de insumo essencial; subsídio cruzado; e discriminação de preço. Mercado relevante do produto: Serviço Telefônico Fixo Comutado de Longa Distância Nacional (STFC- LDN) e mercado de Interconexão. Mercado Relevante Geográfico: Região III do Plano Geral de

<u>53500.001824/2002</u>	Processo Administrativo	<p>Outorgas. Competência do CADE para investigar infrações contra a ordem econômica em setores regulados. Ausência de provas da ocorrência investigada. Conduta anticoncorrencial não caracterizada. <u>Decisão pelo arquivamento.</u></p> <p>Denúncia de prática de aumento artificial dos custos das concorrentes por parte da Representada, por meio da detenção de insumo essencial; subsídio cruzado; e discriminação de preço. Mercado relevante do produto: Serviço Telefônico Fixo Comutado de Longa Distância Nacional (STFC-LDN) e mercado de Interconexão. Mercado Relevante Geográfico: Região III do Plano Geral de Outorgas. Competência do CADE para investigar infrações contra a ordem econômica em setores regulados. Ausência de provas da ocorrência investigada. Conduta anticoncorrencial não caracterizada. <u>Decisão pelo arquivamento.</u></p>
--------------------------	----------------------------	--

10. Setor de transporte de gás natural por gasoduto

Chave de busca principal: “gás natural”.

Chaves de controle: “transporte de gás”; “concessão de gás”.

Nº Processo	Tipo do Processo	Ementa
<u>08012.003066/2001-13</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	<p>Ato de concentração que trata da aquisição pela presa TotalFina Gas and Power Brazil (TGPB), do Grupo Totalfina Elf, de uma parcela da participação da empresa Transcanada no capital social da empresa Transportadora Sul Brasileira de Gás. Mercado relevante local de transporte de gás natural por gasoduto, delimitado como o Estado do Rio Grande do Sul. Considerou-se que não há acréscimo de capacidade de oferta pela TotalFina no mercado relevante, não há concentração horizontal decorrente da operação. Detectada concentração vertical decorrente da existência de empresas afiliadas a TotalFina que produzem gás natural na bacia de Neuquen, Argentina, que é transmitido pelo gasoduto à Porto Alegre e outras áreas do Estado de RS. O grupo TotalFina produz apenas 6% do gás natural na bacia de Neuquen, fração que inviabilizaria qualquer benefício de uma estratégia de monopolização da oferta de gás ao gasoduto. Não há integração vertical no sentido downstream já que a TotalFina não comercializa nem consome gás no mercado geográfico do gasoduto. A operação não gera efeitos anticoncorrenciais, nem pode levar à dominação de mercados relevantes, nos termos do art. 54 da lei nº 8.884/94. Operação apresentada tempestivamente. As condições contratuais anteriores ao fechamento não constituíram restrição relevante e nem vinculação suficiente para antecipar os efeitos finais do ato, sendo inclusive relativamente baixos os custos de retratação. Considerou o Plenário, por maioria, que a realização da operação se deu somente no dia 20 de abril de 2001, data em que as outras sócias decidiram sobre o exercício das suas opções de preferência. Aprovação do Ato de</p>

		Concentração sem restrições.
<u>08012.002692/2002-73</u>	Processo Administrativo Lei 8884/1994	Processo Administrativo. Gasoduto Bolívia-Brasil (GASBOL). Suposta recusa ou limitação de acesso à rede de transporte de gás natural, em detrimento de carregadoras concorrentes. Preliminares de incompetência, coisa julgada administrativa, cerceamento de defesa, inépcia e prescrição indeferidas. Indústria do gás natural. Regulação. <i>Essential facilities</i> . Recuperação de investimentos e amortização. Exclusividade. Contratos firme ou não-firme e de longo ou curto prazo. Resolução nº 27/2005 da ANP. Pareceres da SDE, ProCADE e MPF pelo arquivamento. <u>Arquivamento</u> .
<u>08012.008874/2007-62</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Subsunção ao art. 54, § 3º da Lei 8.884/94, em razão do faturamento das Requerentes. Taxas processuais recolhidas. Apresentação tempestiva. Aquisição, pelo Grupo Ashmore, das participações acionárias da Shell em empresas atuantes no setor elétrico e nos segmentos de transporte e comercialização de gás natural. Ausência de concentração horizontal ou integração vertical decorrente da operação. Aprovação sem restrições.
<u>08012.005380/2003-01</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Operação, nos moldes de um project finance, com objetivo de captar recursos financeiros junto a investidores internacionais visando financiar a construção, instalação, operação e manutenção de sistema de transporte dutoviário de gás natural nas Regiões Sudeste e Nordeste do Brasil. Hipótese prevista no art. 54, §3º da Lei 8.884/94. Apresentação tempestiva. Ausência de manifestações contrárias à operação. Inexistência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.
<u>08012.002900/2000-72</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de concentração. Art. 54, § 3º, da Lei 8.884/94. Aquisição de participação acionária. Intempestividade da apresentação. Mercado relevante de produto: transporte dutoviário de gás natural. Mercado relevante geográfico: território abrangido pelos Estados das Regiões Centro-Oeste, Sudeste e Sul. Mercado concentrado. A operação não prejudica a livre concorrência nem resulta

		na dominação do mercado relevante. Aprovação sem restrições. Multa.
<u>08012.005965/2002-31</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Operação tempestiva. Constituição de consórcio para construção e operação de instalações de dutos de transporte de gás natural entre Urucu (AM) e Porto Velho (RO). Inexistência de prejuízo à livre concorrência. Aprovação da operação sem restrições.
<u>08012.000318/2010-43</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Rito Sumário. Aquisição pelo Grupo AEI da participação acionária detida pelo Grupo Shell. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Mercado de geração de energia elétrica, transporte e comercialização de gás natural. Manifestação anterior do CADE para a mesma operação que não foi concluída. Ausência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.
<u>08012.003049/2001-86</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Aquisição, pela Ipiranga, de 5% da participação acionária da TSB.A Ipiranga atua no setor de combustíveis nas seguintes atividades: produção de derivados de petróleo, transporte de derivados de petróleo, distribuição de produtos químicos e petroquímicos, revenda de derivados de petróleo, lojas de conveniência, trading, importação e exportação de polietilenos e polipropilenos e seus derivados. A principal atividade da TransCanada é a transmissão de gás natural. Mercado relevante o de serviço de transporte dutoviário de gás natural. Mercado geográfico Estado do Rio Grande do Sul. Inexistência de concentração vertical.Tempestividade. Aprovação sem restrições.
<u>08012.003049/2001-86</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Aquisição, pela Ipiranga, de 5% da participação acionária da TSB.A Ipiranga atua no setor de combustíveis nas seguintes atividades: produção de derivados de petróleo, transporte de derivados de petróleo, distribuição de produtos químicos e petroquímicos, revenda de derivados de petróleo, lojas de conveniência, trading, importação e exportação de polietilenos e polipropilenos e seus derivados. A

		principal atividade da TransCanada é a transmissão de gás natural. Mercado relevante o de serviço de transporte dutoviário de gás natural. Mercado geográfico Estado do Rio Grande do Sul. Inexistência de concentração vertical. Tempestividade. Aprovação sem restrições.
<u>08012.000318/2010-43</u>	Atos e Contratos do Artigo 54	Ato de Concentração. Rito Sumário. Aquisição pelo Grupo AEI da participação acionária detida pelo Grupo Shell. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Mercado de geração de energia elétrica, transporte e comercialização de gás natural. Manifestação anterior do CADE para a mesma operação que não foi concluída. Ausência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.

RESUMO

Esta tese é o resultado de um estudo empírico relativo à interrelação entre defesa da concorrência e regulação no Brasil, com ênfase nos setores de infraestrutura que enfrentam a falha de mercado conhecida como monopólio natural.

A hipótese de investigação reside em afirmar que, apesar do fato de que nestes mercados geralmente há um único agente econômico, e que os mesmos encontram-se sujeitas à regulação estrita por uma agência especializada, ainda há espaço para a intervenção das autoridades de defesa da concorrência.

A fim de confirmar essa hipótese, examinamos as decisões da autoridade brasileira de defesa da concorrência (CADE) nos setores de infraestrutura, e fim de avaliar se o CADE efetivamente intervém em tais mercados. A pesquisa incluiu a análise de atos de concentração, bem como as decisões acerca de condutas anticompetitivas envolvendo agentes atuantes nos setores de concessão de ferrovias, rodovias, portos, transmissão e distribuição de energia elétrica, telefonia fixa, saneamento, distribuição de gás canalizado e transporte de gás natural.

A pesquisa comprovou que não há diferença significativa entre a percentagem de intervenções em atos de concentração observados nos setores regulados de infraestrutura e a percentagem de casos em que o CADE determinou o desfazimento ou impôs restrições à aprovação de operações na generalidade dos mercados.

Em matéria de infrações às regras de concorrência, a percentagem de condenações e acordos de cessação de práticas, considerados em conjunto, observados nos setores de infraestruturas foi superior àquela observada nos mercados “não regulados”.

O resultado da pesquisa confirma que as autoridades de concorrência devem continuar a ser as principais implementadoras da política de defesa da concorrência em setores regulados de infraestrutura. Embora as intervenções CADE tenham ficado restritas a setores de meios de transporte e de telefonia fixa, a jurisprudência mostra que as preocupações antitruste verticais e de natureza conglomerada que podem surgir nos mercados regulados de infraestrutura justifica essa intervenção.

A última parte da tese é dedicada a discutir as perspectivas da defesa da concorrência nos mercados de infraestrutura, no Brasil, incluindo a aprovação da nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011), e discutir a que compete decidir acerca de

conflitos de competência ou de interpretações conflitantes e irreconciliáveis entre o CADE e as agências reguladoras.

ABSTRACT

This thesis is the result of an empirical study that addresses the intersection between competition and regulation policies in Brazil, especially involving industries that face the market failure known as natural monopoly.

The hypothesis investigated is that, despite the fact that in these markets there is usually only one economic agent and that they are subject to strict regulation by a specialized agency, there still remains room for intervention by the competition authority. In order to confirm this, we have reviewed the case law of the Brazilian competition authority (CADE) on public utility sectors, aiming at assessing whether CADE had intervened in such markets. The survey included mergers and acquisitions, as well as investigations regarding infractions to competition rules, involving agents active in railroad, road, port, electric power transmission and distribution, fixed telephone, sewage, gas transportation and distribution markets.

The research revealed that there is no significant difference between the percentage of interventions in concentration acts observed in these regulated markets (jointly considered) and the percentage of cases that CADE has not approved or has imposed restrictions to their approval in all markets.

In terms of investigations regarding offences to competition rules, the percentage of condemnations and agreements to cease practices in regulated markets actually overcome that observed in “unregulated” markets.

The result of the investigation confirms that competition authorities should remain to be the primary enforcers of competition law in regulated sectors. Although CADE’s interventions were actually restricted to markets involving means of transportation and fixed telephone, we could observe that the case law provides evidence that antitrust vertical and conglomerate concerns may arise in public utility regulated markets generally considered.

The final part of the thesis is dedicated to debate the perspectives of competition defense in public utility markets in Brazil, especially in view of the passing of the new competition statute (Rule 12,529/2011), as well as to discuss who is the authority empowered to decide conflicts of understandings between competition and regulation authorities.

RESUMÉ

Cette thèse est le résultat d'une étude empirique qui aborde l'intersection entre les politiques de concurrence et de réglementation au Brésil, impliquant notamment des industries qui font face à la défaillance du marché connu comme un monopole naturel.

L'hypothèse étudiée est que, malgré le fait que dans ces marchés il ya généralement un seul agent économique, et qu'ils sont soumis à une réglementation stricte par une agence spécialisée, il reste encore place à l'intervention de l'autorité de la concurrence. Pour confirmer cela, nous avons examiné la jurisprudence de l'autorité de concurrence brésilienne (CADE) sur les secteurs de l'infrastructure, visant à évaluer si le CADE intervienne sur tels marchés.

L'enquête comprenait des fusions et acquisitions, ainsi que les décisions concernant les infractions aux règles de concurrence, impliquant des agents actifs dans les concessions de chemins de fer, autoroute, port, transmission et distribution d'énergie électrique, téléphone fixe, les eaux usées, la distribution de gaz canalisé et le transport de gaz.

La recherche a révélé qu'il n'ya pas de différence significative entre le pourcentage d'interventions dans des actes de concentration observé dans ces marchés réglementés et le pourcentage de cas que le CADE n'a pas approuvé ou a imposé des restrictions à leur approbation dans tous les marchés, généralement considérées.

En concernant des infractions aux règles de concurrence, le pourcentage des condamnations et des accords de cesser les pratiques dans les marchés réglementés fait dépasser celle observée dans les marchés «non réglementés».

Le résultat de la recherche confirme que les autorités de la concurrence devraient rester à être les exécutants primaires de la politique de défense de la concurrence dans les secteurs réglementés. Bien que les interventions du CADE ont été restreintes aux marchés impliquant des moyens de transport et de téléphone fixe, nous avons pu observer que la jurisprudence prouve que des préoccupations antitrust verticales et des conglomérats peuvent émerger dans les marchés de infrastructure réglementés.

La dernière partie de la thèse est consacrée à débattre les perspectives de la défense de la concurrence dans les marchés de infrastructure au Brésil, notamment en vue de

l'adoption de la nouvelle loi de défense de la concurrence (Loi 12529 /2011), ainsi que de discuter qui est l'autorité habilitée de décider des conflits d'interprétations entre l'autorité de concurrence et les autorités de régulation.