

IDP - BIBLIOTECA

PÚBLIO SEJANO MADRUGA

**A COMPETÊNCIA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA E DAS
AGÊNCIAS REGULADORAS NA CONCORRÊNCIA ENTRE AS EMPRESAS PRESTADORAS
DE SERVIÇO PÚBLICO.**

BRASÍLIA
2003

PÚBLIO SEJANO MADRUGA

**A COMPETÊNCIA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA E DAS
AGÊNCIAS REGULADORAS NA CONCORRÊNCIA ENTRE AS EMPRESAS PRESTADORAS
DE SERVIÇO PÚBLICO.**

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação *latu sensu* em Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP e da Universidade do Rio de Janeiro – UNIRIO para obtenção do grau de Especialista em Direito Público, sob a orientação do Professor Dr. André Serrão Borges Sampaio

BRASÍLIA
Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Universidade do Rio de Janeiro - UNIRIO
MARÇO - 2003

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	1
2. OS SERVIÇOS PÚBLICOS E AS FORMAS DE DELEGAÇÃO DE SUA PRESTAÇÃO.....	3
2.1 O que é serviço público?.....	3
2.2 A delegação da prestação do serviço público.....	8
3. AS AGÊNCIAS REGULADORAS E SUAS ATRIBUIÇÕES.....	14
3.1. As agências reguladoras independentes.....	14
3.1.1 A independência das Agências Reguladoras.....	16
3.1.2 As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo.....	18
3.2. A implantação da concorrência nos setores regulados.....	20
3.2.1 O papel das Agências na implantação da concorrência.....	22
4. O CADE E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	26
4.1. A Aplicação da lei de proteção à concorrência.....	28
4.2. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica e sua atuação.....	30
5. O CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE O CADE E AS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	36
5.1 A posição da AGU ante o conflito de competência.....	38
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	41
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	43

1. INTRODUÇÃO

O Brasil vem sofrendo atualmente uma série de transformações, principalmente na área de prestação de serviços públicos. Antigamente o Brasil era um Estado monopolista e intervencionista, que abraçava na totalidade a prestação de serviços públicos necessários ao bem estar da população, ao adotar essa política, o país viu-se inchado, sem recursos e sem capacidade de poder efetivamente prestar esses serviços de forma satisfatória sendo necessária a busca de uma saída para que a prestação desses serviços já a muito sucateados, não emperrasse de vez.

Seguindo uma tendência mundial de diminuição, a forma encontrada pelo Estado foi realizar a desestatização das empresas prestadoras de serviços públicos e modificar totalmente a estrutura dessa prestação e do próprio Estado, de monopolista e intervencionista o país passaria e ser competitivo e regulador. Com a desestatização e o repasse da titulação do poder de prestar o serviço público e relacionar-se diretamente com a população para a iniciativa privada, houve uma mudança nos parâmetros de prestação de serviços passando a ser responsabilidade do Estado agora não cuidar da efetiva prestação dos serviços, mas apenas cuidar para que essas empresas os prestassem de forma adequada, criando para esse papel as Agências Reguladoras, que teriam o objetivo precípua de fiscalização e na busca pela melhor qualidade ao menor preço, bem como, teriam também que realizar a

competição entre as novas empresas prestadoras do serviço público para adequar tal prestação à nova estrutura concorrencial estipulada no país.

Com a prestação desses serviços públicos por novas empresas da iniciativa privada e a regulação da concorrência entre essas empresas sendo feita pelas agências reguladoras, nasce um novo problema a ser resolvido, de quem seria a competência efetiva para regular tal concorrência, uma vez que antes da realização das privatizações e da criação das agências reguladoras já existia no país um órgão especializado na defesa da concorrência que é o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE, criado pela Lei 8.884 de 11 de junho de 1994, com a competência de zelar pela concorrência entre as empresas, evitar a dominação do mercado a fim de proteger a coletividade da baixa qualidade e dos preços abusivos, competência essa que, no campo dos serviços públicos, como dito acima, também é das agências.

Desta forma, o presente estudo tem por escopo a análise do papel de cada um desses órgãos na tentativa de delimitar o papel de cada um nessa nova era em que entra o Estado brasileiro em busca de austeridade e melhor condição de vida para seu povo.

2. OS SERVIÇOS PÚBLICOS E AS FORMAS DE DELEGAÇÃO DE SUA PRESTAÇÃO.

2.1 O que é serviço público?

Foi na França, em meados do século XIX que se começou a desenvolver a noção de serviço público foi citada pela primeira vez no texto *Contrat Social* de *J.J. Rousseau*, onde o mesmo não dissociava a noção de serviço público da próprio Estado. A referida noção apresentada por *Rousseau*, por não dissociar serviço público de Estado, tornou-se deveras abrangente, o serviço público era considerado qualquer atividade estatal, sendo dividido em atos que visavam satisfazer as necessidades sentidas coletivamente, bem como qualquer assunto que dissesse respeito aos administrados. Apesar da existência de outras atividades dissessem respeito aos administrados ou visassem satisfazer as suas necessidades, não podiam todas ser consideradas serviço público, só podendo ser assim definidas aquelas atividades diretamente prestadas pelo Estado.

A indissociabilidade entre os termos Estado e Serviço Público, que levou *Rousseau* a considerar este como sendo toda e qualquer atividade estatal, teve início nos idos do século XIX, onde o Estado, abstencionista, não interferia na vida de seus administrados em nenhuma esfera, deixando que esses administrados vivessem uma liberdade tamanha que a existência de

qualquer forma de poder intervencionista que aparecesse para prestar qualquer tipo serviço, mesmo que de necessidade dos administrados, criava nesses administrados um sentimento de fobia de perda dessa liberdade, fazendo com que tais grupos nunca atingissem a legitimação para a prestar os serviços a que se propunham, fazendo com que o Estado, única instituição aceita, fosse obrigado a abraçar essa responsabilidade e prestar os serviços demandados pela comunidade e que até então eram prestados pela iniciativa privada. Assim, para ter legitimidade na prestação dos referidos serviços o Estado tomava para si a sua titularidade, declarando público tal serviço a partir de então, passando assim a ser, todo serviço prestado pelo Estado, um serviço público.

No início do Século XX, sucedendo às idéias de *Rousseau*, apareceu a Escola do Serviço Público que defendia um entendimento no qual o governante é obrigado a fazer funcionar adequadamente a prestação dos serviços públicos para trazer satisfação aos administrados. Tal escola foi representada por Léon Duguit e Gaston Jèze, que surpreendentemente, apesar de representantes da mesma escola, tinham visões diferentes do que seria o serviço público. Para Duguit o Estado é um conjunto de serviços públicos, sendo a finalidade precípua desse Estado a própria manutenção e prestação destes serviços, chegando a pretender a substituição do conceito de soberania do Estado pelo de Serviço Público. Já Jèze entendeu que o Estado tem um objetivo, que é a satisfação das necessidades dos administrados e que existe para realizar esse objetivo, e que o Serviço Público é apenas a ferramenta utilizada para a concretização dessa missão, não o objetivo do Estado em si.

Assim, para Duguit serviço público é efetivamente toda a atividade estatal, e para Jèze não se configura em todas as atividades, mas apenas aquelas que são meio para se atingir os objetivos do estado.

A Escola sofreu uma série de críticas quanto à conceituação do serviço público por não prever uma situação bastante comum nos dias atuais que é a prestação do serviço público por particulares, bem como por dificultar uma sistematização adequada do conceito ao utilizar nele a noção de Estado, que engloba as funções mais diversas como a legislativa e a judiciária, uma vez que fazem parte do referido conceito. Essa última crítica fica evidente no posicionamento de Enrique Sayagués Laso¹:

“não nos parece acertado entender de tal modo o conceito de serviço público, que praticamente abarque todas as atividades estatais. Dessa forma a expressão serviço público perde todo o sentido técnico próprio, pois engloba atividades tão distintas e com características tão diferentes que não permitem uma sistematização adequada.”

Com o passar dos anos houveram muitas mudanças nos conceitos de Serviço Público, apesar disso, ainda nos dias de hoje vários doutrinadores ainda seguem o pensamento de León Duguit, referindo-se ao Serviço Público e conceituando-o de maneira ampla, sendo a maioria desses seguidores ainda incorporadores do conceito de Estado ao conceito de serviço público que por si só já amplia o mesmo em imensas proporções. Dos doutrinadores que adotam o conceito amplo de Duguit, o mais restrito de todos é Hely Lopes Meirelles,

¹ LASO, Enrique Sayagues. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol I. pag. 61

que apesar de ainda assumir um conceito amplo, retirou do seu conceito a palavra Estado, substituindo-a por Administração, o que acaba excluindo as funções legislativa e judicial do Estado. Ele entende serviço público como sendo "todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simplesmente do Estado". Esse conceito é considerado amplo, pois ainda, apesar de retirado as funções legislativa e judicial, manteve o poder de polícia, que não pode ser considerado serviço público. Diferentemente desses, são mais modernos e restritos os conceitos que como o de Hely Lopes Meirelles, consideram Administração e não o Estado na hora de conceituar o serviço público e além disso ainda excluem do referido conceito o poder de polícia. Um expoente dos doutrinadores que adotam o conceito restrito é Celso Antônio Bandeira de Mello, que entende serviço público como sendo "toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios do sistema normativo.". Deve-se ressaltar que em seu conceito, Celso Antônio Bandeira de Mello, espelha o entendimento de Jèze que é o Estado, que designa, o que é ou o que deixa de ser serviço público.

Apesar dos problemas em unificar o conceito de Serviço Público, a doutrina é pacífica em afirmar que o conceito possui três elementos, o subjetivo, que considera a pessoa que presta o serviço, serviço público seria aquele prestado pelo Estado; o material, que considera a atividade exercida –

tem por objeto satisfazer as necessidades coletivas, e o formal, que considera o regime jurídico, sempre Direito Público.

Os elementos acima elencados, eram presentes em todos os serviços públicos da era do Liberalismo, a medida que foi se afastando de tal conceito, o Estado foi crescendo mais e mais, ocupando lugar e transformando em público o que era serviço prestado por particulares, ao mesmo tempo, descobriu-se tão grande que não tinha mais como gerenciar e prestar de maneira satisfatória tais serviços, passando, ao contrario do que fizera antes, a delegar sua prestação a particulares, fazendo com que os três elementos deixassem de estar concomitantemente presentes e desvirtuando dessa forma todo o conceito antigo.

Ao analisarmos os elementos que conceituam o Serviço Público, fica fácil perceber que dentre os mesmos, diante das mudanças já citadas, destaca-se como principal elemento o material, que refere-se ao interesse público, a presença desse elemento é essencial para a configuração de uma atividade como serviço público, sendo os demais acessórios e descartáveis.

A configuração do elemento material, qual seja, o interesse público, como o essencial para a configuração do serviço público faz com que entendamos ser eminentemente política a decisão de enquadrar ou não qualquer atividade como serviço público, já que é politicamente, e vinculando-se a programas de governo e prioridades políticas que se resolve o qual vem a ser no momento de interesse público. Destarte, a qualificação de um serviço qualquer como serviço público nasce primeiramente de vontade política, na análise da constituição, das leis, da jurisprudência, só se podendo afirmar que

não existe qualquer atividade que possa ser considerado um serviço público por natureza. Várias situações podem colocar um serviço na categoria de serviço público, mas o que se pode filtrar disso tudo, é que serviços são alçados a tal categoria para se cumprir programas de governo, ou seja, a escolha é eminentemente política.

A Constituição Federal de 1988, bem como legislações esparsas, trouxeram em seu corpo a colocação de certos serviços na categoria de serviços públicos, tal fato fez nascer a controvérsia entre doutrinadores sobre a necessidade de estipulação ou não constitucional/legislativa para se alçar algum serviço a tal categoria, os doutrinadores dividiram-se não chegando a um entendimento comum, sendo que alguns entenderam ser necessária disposição constitucional/legal e outros entendem que independente de tais disposições.

No caso do presente trabalho, o conceito de serviço público vem a ser aquele serviço que, por vontade política, passou a ser exercido por particular através de concessão, permissão ou autorização e que o governo no intuito de ver a satisfação completa das necessidades coletivas e a prestação adequada do mesmo, nos termos da lei 8.987/97, criou Agências para regular tal prestação.

2.2. A delegação da prestação de serviços públicos.

A delegação dos serviços públicos em seus primórdios eram caracterizadas pela força discricionária do administrador, fazendo com que os

contratos administrativos assumissem certos contornos, visando a manutenção da mão de ferro do Estado na prestação dos serviços públicos.

O Estado era o único responsável pela prestação do serviço público, entretanto, com sua falência ficou sem condições para investir e com isso continuar a prestar um serviço público de qualidade que atingisse o seu principal objetivo, a satisfação da necessidade dos administrados, com isso a sociedade começou a deparar com um serviço de péssima qualidade e a um custo extremamente elevado causando assim, sua insatisfação.

Como única alternativa na busca de uma prestação melhor dos serviços essenciais para a sociedade, restou ao Estado repassar tais atribuições ao setor privado, passando a prestar tais serviços de forma indireta, para que houvessem novos investimentos e, via de consequência, os serviços voltassem a ser prestados de maneira eficiente. Tal prestação indireta, com o intuito de ativar os investimentos, é feita sob o regime de delegação, que é a transferência a pessoas físicas ou jurídicas por força de contrato ou ato administrativo, sendo sob esse regime que são feitas as concessões, permissões - contratos administrativos - e autorizações - atos administrativos - de serviço público.

Os contratos utilizados com o intuito de delegar ao ente privado a prestação de serviços públicos sofreram grande metamorfose no decorrer dos anos, passando por três fases distintas, uma anterior à Constituição Federal de 1988, uma posterior à Constituição Federal de 1988 e anterior à Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, que dispôs sobre o regime de concessão e permissão

da prestação de serviço público, e uma última fase, posterior ao advento da referida Lei.

Inicialmente, antes da Constituição Federal de 1988, a concessão era dividida em duas diferentes formas, a concessão de serviço público que referia-se a prestação de serviço determinado, cujo concessionário era escolhido através de concorrência e poderia ser tanto pessoa física quanto jurídica e a concessão de obra pública, que basicamente igualava-se à anterior, tendo como diferença o fato de que não se relacionar à prestação do serviço, mas à conclusão de obra e da exploração desta afim da amortização dos gastos. Já a permissão, diferentemente da concessão que era efetuada através de licitação, era efetivada de maneira unilateral, discricionária e precária pelo poder público que escolhia quem prestaria determinado serviço sem atentar-se para maiores requisitos. A autorização por sua vez era idêntica à permissão não havendo por que distinguir as duas modalidades.

Com a edição da Constituição Federal de 1988 a delegação de serviços públicos passou a ser regulamentada pelo artigo 175² das referida Carta, tal artigo referiu-se de tal forma aos institutos que afastou deles qualquer característica de unilateralidade ou discricionariedade já que condicionou a prestação dos serviços através de tais modalidades à conclusão de processo licitatório. O conceito de autorização não foi elencado pelo artigo 175 da Constituição Federal, apesar disso, continua descrito como forma de delegação de prestação de serviços prevista nos artigos 21, XI e XII³, 174 § 4^{o4}, 176 § 1^{o5}

² Art. 175. Incumbe ao poder Público na forma da lei, diretamente, ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviço público

³ Art 21. Compete à União:

e 223⁶ da carta constitucional, sendo entendimento dos doutrinadores que, diferentemente da concessão e da permissão, a autorização aplica-se exclusivamente aos casos que se referem os artigos constitucionais onde é citada, tratando-se de ato administrativo e não contrato por não requisitar a licitação.

Com a promulgação da lei 8.987/95, esta trouxe nos incisos de seu artigo 2º, novos conceitos para a concessão e para a permissão⁷, conceitos utilizados e admitidos pela maioria dos doutrinadores, mantendo fora do conceito a discricionariedade e a unilateralidade, trazidos pela Constituição Federal e mantendo o caráter precário das permissões. Apesar da lei trazer os

XI - explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

- a) os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações;
- b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
- c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;
- d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
- e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
- f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

⁴ Art. 174. ...

§ 4.º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

⁵ Art. 176. ...

§ 1.º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

⁶ Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

⁷ Art. 2º Para os fins do disposto nesta lei, considera-se:

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

novos conceitos de concessão e autorização e tais conceitos serem bem aceitos, Celso Antônio Bandeira de Mello discorda da utilização do referido conceito que considera imprestável ao que se propõe, dizendo que o mesmo confunde as condições necessárias para caracterizar o instituto e seus requisitos de validade, diz o doutrinador⁸:

“Não se fez menção à conceituação legal prevista no artigo 2º da lei nº 8.987, de 13.02.95, por ser praticamente imprestável aos fins que se destina. Basta ver que, nos termos dela, se tomada tal como redigida, nos casos de dispensa de licitação, inexigibilidade ou mesmo de concessão irregularmente outorgada, isto é, procedida sem o atendimento deste requisito, a relação jurídica formada não seria concessão. Ou seja: houve confusão óbvia entre o necessário para caracterizar o instituto e seus requisitos de validade. Demais disto, foi feita imperdoável confusão entre concessão de obra pública e concessão de serviço público. Acresce que a característica indeclinável “exploração do serviço” só foi apontada para a concessão de “serviço público precedido de obra pública (para servirmo-nos da terminologia legal). Pela quantidade de erros grosseiros já se vê que deve ter andado por aí a mão de economistas o administradores públicos na definição de concessão.”

Apesar das críticas de Celso Antônio Bandeira de Mello, o conceito não é doutrinário e sim legal, devendo ser o adotado para fins de desestatização, de delegação do poder de prestar serviços públicos a particulares. Com a promulgação da Lei as concessões e permissões passaram a ser o meio mais eficaz de transferência do dever de prestar o

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, Malheiros Ed. 10ª ed. 1988, pag 434.

serviço, sendo a característica precípua deste instituto a titulação do ente privado no direito de relacionar-se diretamente com os administrados, respondendo pela qualidade do serviço prestado e sendo remunerado diretamente por estes sem interferência do Estado, sendo por esse apenas fiscalizado.

O papel do Estado é imprescindível, já que em países onde não ocorreu tal fiscalização os serviços passaram a ser prestados de maneira ainda pior do que anteriormente à delegação, cabendo assim ao Poder Público lutar pela manutenção do pressuposto fundamental da delegação que é o serviço adequado, assim entendido, conforme o artigo 6º, § 1º, (Lei 8.987/95) o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade de tarifas. Para prestar tal papel, necessário à manutenção da qualidade dos serviços públicos, coube ao Estado a criação de novos entes, com expertise e poder para gerenciar os novos contratos com a finalidade de fiscalizar o cumprimento das metas estipuladas e da obtenção da qualidade desejada, autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras.

3. AS AGÊNCIAS REGULADORAS E SUAS ATRIBUIÇÕES

3.1. As agências reguladoras independentes

As agências reguladoras nasceram e desenvolveram-se nos Estados Unidos, aparecendo primeiramente nos idos do século XIX, ante à necessidade de um poder regulador para dirimir as disputas entre usuários e prestadores de serviço ferroviário vindo a firmar-se a partir dos anos 30, época da política *New Deal* de Franklin Roosevelt, adotada para enfrentar a grande depressão que assolava o país naqueles tempos. O nascimento das agências ocorreu com a necessidade de mudança do papel do Estado perante as relações econômico-sociais quando este passou não mais a prestar os serviços essenciais e necessários, mas apenas a fiscalizar a prestação delegada.

Após o aprimoramento e enraizamento deste modelo nos Estados Unidos outros países em sua maioria europeus iniciaram sua importação e implantação, passando também a ser adotado a partir de meados dos anos 70 por países que, diferentemente dos EUA que utilizam a *common law*, tem uma tradição jurídica romano-germânica, como é o caso da França. No Brasil, que também tem essa mesma tradição jurídica a adoção do modelo de agências é recente e data do início da década de 90 quando foi iniciado o processo de desestatização com a retirada do Estado da prestação de serviços públicos de interesse social.

A retirada do Estado da prestação direta dos serviços público tem como gênese o fato do pensamento econômico ter tomado conta da escolha das políticas a serem adotadas optando por uma diminuição do Estado e conseqüentemente pela desestatização, que com ela trouxe, necessariamente, as agencias reguladoras. As agências resultam da necessidade iminente do Estado em controlar os serviços prestados pelas novas empresas titulares do poder de prestação dos serviços públicos, de estar presente continuamente na vida dessas empresas, tendo para isso o poder de interferência, estipulação de metas e de punição caso não se esteja trabalhando de forma adequada.

Com as privatizações, natural foi que a criação de agências reguladoras viesse logo em seguida, tais agências, como espécie do gênero autarquia, tem que ser criadas e extintas por leis específicas, no entanto, por atuarem em âmbitos demasiadamente diferentes, essas leis não têm como serem editadas de maneira uniforme fazendo com que as agências não tenham seguido um modelo comum, nem sequer tenham competências comparáveis, no entanto, até por serem, como dito anteriormente órgãos de uma mesma espécie, tem semelhanças que as caracterizam, como exemplificou o Professor Carlos Ari Sunfeld⁹:

“As várias agências nem seguiram um modelo comum, nem têm competências comparáveis. Mesmo assim há semelhanças. São entidades com tarefas tipicamente de Estado: editam normas, fiscalizam, aplicam sanções, resolvem disputas entre as empresas, decidem sobre reclamações de consumidores. Gozam de

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari, “Introdução às Agências Reguladoras”, in SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) *Direito Administrativo Econômico*. 1ª edição (2ª tiragem), São Paulo: Malheiros. 2002. Pág. 19

autonomia em relação em relação ao Executivo: seus dirigentes têm mandato e, por isso, não podem demitir livremente pelo Presidente ou Governador, suas decisões não podem ser alteradas pela Administração Central, e assim por diante. Sua tarefa? Ordenar setores básicos da infra-estrutura econômica.”

Claras as tarefas que caracterizam as agências reguladoras, deve-se esclarecer que a privatização não é necessariamente sinônimo de agência reguladora, a criação das mesmas é de opção política e revela uma preocupação maior com a qualidade do serviço prestado, vez que tais órgãos teriam todo o conhecimento técnico para estipular metas a serem cumpridas e toda a autonomia e poder para aplicar sanções no caso do não cumprimento das mesmas.

A regulação é característica de um modelo econômico onde o Estado não presta diretamente o serviço, mas atua direta e enfaticamente no mercado, utilizando do seu poder para uma melhor prestação dos serviços, não se trata de uma opção jurídica, mas de uma opção, como dito acima política, aliás, para uma melhor caracterização, de uma opção político-econômica..

3.1.1 A independência das agências reguladoras

As agências reguladoras tem como uma de suas principais características a independência, que visa distanciar e dar a elas autonomia de ação em relação ao Executivo, evitando que haja interferência deste em cada mudança de pensamento ou de opção política, visando precipuamente a segurança de investidores para que a entrada de investimentos garanta aquilo

que é a própria razão de existir dessas agências, um serviço moderno e de melhor qualidade possível.

Para Arnoldo Wald e Luiza Rangel de Moraes¹⁰, os entes reguladores contam com independência decisória, de objetivos, de instrumentos e financeira, para, como dito anteriormente, possam cumprir seus objetivos de forma imparcial e técnica, sem que sofram qualquer ingerência externa, de que esfera for. As agências são dotadas de previsão orçamentária e de receitas próprias oriundas do próprio exercício da regulação, que aparece em forma da arrecadação de taxas e multas, entre outros recursos próprios fazendo com que não necessitem de barganhar qualquer tipo de receita ao Executivo, garantindo dessa forma sua independência financeira, já a independência de objetivos e de instrumentos caracterizam-se com a utilização de todo o aparato que a agência disponibiliza para instituir os marcos regulatórios para que os objetivos, também definidos pelas agências, mas sem ultrapassar o ordenamento geral ou maltratar o usuário, sejam atingidos. Por fim a independência decisória, que é a mais essencial e a mais importante das agências, pois sem ela as outras, apesar de poderem continuar existindo, seriam inócuas, já que a administração central manejaria toda a atuação desses entes.

A independência decisória das agências reguladoras é dada através da outorga de mandato a seus dirigentes não podendo de forma alguma ocorrer a exoneração *ad nutum* destes, assim, fica o Presidente da República, representante máximo do poder executivo, alijado de qualquer interferência na

¹⁰ WALD, Arnoldo e MORAES, Luiza Rangel de. AGÊNCIAS REGULADORAS. Brasília, Revista de Informações Legislativas jan./mar. 1999

sua atuação. Cabe esclarecer que no caso dos diretores das agências reguladoras, obviamente, os mandatos não passam incólumes por governos sem que estes possam influenciar de nenhuma maneira, na maioria dos casos, os mandatos dos seus diretores são extintos ao passo de um a cada ano, para que possa, com a extinção deste, o Chefe do Executivo indicar novo diretor e assim aumentar sua capacidade de interferência. O que não se aceita é a interferência direta, o braço de ferro do Executivo mandando e desmandando nas decisões tomadas pelas agências.

3.1.2 As agências reguladoras e seu poder normativo

O poder normativo das agências vem sendo criticado com se o mesmo usurpasse do Poder Legislativo poder que era apenas seu, e, como entendido por alguns, não delegável, de editar leis. Tal usurpação de maneira alguma é existente no âmbito das agências reguladoras, o seu poder normativo nasce da necessidade de complementação e não de usurpação das prerrogativas do Poder Legislativo. É objetivo do Legislativo a edição de leis que é feita de modo genérico e abstrato, cabendo às agências, com a *expertise* que lhe é peculiar, criar normas que não afrontem à legislação geral, mas que apenas de a essa uma roupagem mais específica e concreta, encaixando-a nas áreas às quais essas agências regulam. Em suma, é o aprofundamento do poder de legislar emanado pelo Poder Legislativo.

É importante esclarecer que a simples delegação do poder normativo para as agências é efetivamente inconstitucional e que não é isso

que ocorre no caso das agências. No caso desses entes, para não seja configurada tal delegação e, via de consequência, a inconstitucionalidade desse poder normativo, é necessário que no ato de criação das agências, no corpo da Lei que lhe deu vida venham especificados os *standarts*, os limites desse poder normativo, característica importante para a legitimação do mesmo.

Além do fato da especificação da Legislação relativa às áreas reguladas pelas agências, estas tem também o poder dentro de sua área de atuação de redimir conflitos sem, no entanto, usurpar o poder que emana do judiciário. Apesar da dificuldade de aceitação de que a única esfera de solução de conflitos seja o judiciário, é também óbvio que nas circunstâncias atuais, na complexidade e a importância que envolve as áreas hoje reguladas, o conhecimento exclusivo do direito não é suficiente para dirimir os conflitos, não podendo o juiz assumir a função de regulador, estipulando regras e assumindo função que seria eminentemente administrativa. É óbvio que cabe ao Judiciário, ante à ineficiência de uma atuação das agências e da provocação dos interessados atuar e, cumprindo seu papel, decidir sobre os assuntos trazidos ao seu conhecimento, mesmo que de extrema complexidade técnica.

É evidente que o papel das Agências Reguladoras não é o de ser um Estado paralelo mas sim o de auxiliar o Poder Estatal na sua tarefa de governar, prestando serviço de qualidade e causando satisfação dos administrados. A retirada do Estado da prestação direta de certas atividades econômicas não significa que o mesmo se retira do poder de interferir na prestação da referida atividade, ao contrario a retirada do Estado da prestação

direta significa uma presença ainda mais eficaz na prestação indireta que se dá através da regulação dessas atividades.

3.2 A implantação da concorrência nos setores regulados.

A privatização relaciona-se não somente com a titulação do entre privado na prestação do serviço público, mas também na criação de um ambiente de mercado e de concorrência nos setores privatizados. É uma das finalidades da legislação que instituiu os entes reguladores o de criar um regime de concorrência nos setores regulados.

A atuação dos órgãos reguladores é de essencial importância na implantação de um modelo concorrencial, visto que os agentes econômicos regulados tentam naturalmente agir de forma a restringir tal modelo, pois ao manterem uma estrutura monopolista mantêm também uma situação bem mais confortável, já que a concorrência demanda preços mais baixos e aperfeiçoamento constante demandando altos investimentos, o que acaba aumentando os gastos e, via de consequência, diminuindo lucros

O papel das agências é, como dito acima, de vital importância, visto que não basta apenas a simples fiscalização passiva das atividades exercidas pelas concessionárias para que as mesmas não atuem em contrariedade com a livre concorrência, mas necessário se faz uma atuação completa e ativa, para que se promova uma mudança da estrutura econômica, passando os serviços de uma estrutura de monopólio natural, onde reinaram por décadas, para uma estrutura concorrencial totalmente nova e necessária para que novos

investimentos seja m feitos e os serviços sejam prestados da melhor forma possível

O Monopólio natural, esfera na qual eram prestados os serviços públicos no Brasil, impede a utilização da livre concorrência e demanda um modelo regulatório, pois nesse modelo, os custos de produção de certo produto diminuem com o aumento da produção, desta forma, com a existência de apenas um fornecedor o custo atingiria o seu preço mínimo com o domínio de todo o mercado. Já com a existência de vários fornecedores, apesar da concorrência, o custo de produção seria alto demais, pois a produção de cada um desses fornecedores seria bem menor.

A estrutura do monopólio natural não é estática, podendo ser modificada facilmente por uma gama de fatores, que vão do avanço tecnológico dos meios de produção tornando-os mais baratos, ao aumento da demanda que fariam com que a estrutura se desmanchasse fazendo necessária a transição para a livre concorrência. Acontece, que para a mudança desse quadro, para a entrada de novas tecnologia e do investimento necessário, para que seja possível a transição para a livre concorrência e para que esse caminho seja transcorrido sem maiores traumas com a criação de um ambiente efetivamente competitivo as agências reguladoras tem que cumprir o seu papel.

3.2.1 O papel das agências na implantação da concorrência

A legislação que criou as agências reguladoras e disciplinou os setores regulados buscou reformar o mercado e estruturá-lo de tal forma a mudar sua estrutura e encaixá-lo no modelo concorrencial, deixando para as agências o papel de por em prática o que pregava e ativar o referido modelo.

No entender da Dra. Ana Maria de Oliveira Nusdeo¹¹, o papel das agências reguladoras na implantação da concorrência pode ser dividido em três fases, a) o desmembramento de atividades complementares ou ligadas a uma mesma cadeia produtiva; b) o estabelecimento de concorrência em fases da prestação de serviços públicos e c) criação de regras para evitar a concentração econômica.

A primeira dessas fases não diz respeito exatamente às agências reguladoras por se tratar de uma fase pré-privatização, onde as empresas ainda pertencem ao Estado, não estando ainda sob a égide regulatória das agências. Nessa fase, as funções necessárias a prestação de um determinado serviço, e que eram desempenhadas por uma única empresa passam a ser divididas, sendo cada uma dessas funções separadas e privatizadas de forma a haver concorrência em cada uma dessas diferentes atividades. Entretanto, algumas dessas atividades desmembradas, pelas suas próprias características mantiveram-se como monopólio natural, devendo desta forma, para a preservação do modelo concorrencial, ser utilizada por quaisquer das empresas que delas necessitar, pagando preço justo a essa empresa que

¹¹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, "Agências Reguladoras e Concorrência", in SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) *Direito Administrativo Econômico*. 1ª edição (2ª tiragem), São Paulo: Malheiros. 2002. Pág. 19

detêm o referido monopólio regulado pela agência respectiva, afim de que, sejam mantidas condições não discriminatórias e não abusivas a todas as prestadoras nas fases que se sucedem e, via de consequência, não seja ameaçada a estrutura concorrencial. Essas atividades, caras demais para serem duplicadas por todas as novas prestadoras, e essenciais à prestação dos serviços de maneira satisfatória por todas as concorrentes é denominada *essencial facility*, e deve ser, como acima exposto, disponibilizada para todas as empresas que dela necessitem, de maneira não discriminatória e a preços não abusivos, sob pena de multas e sanções aplicadas pelas agências. Cabe salientar que no caso de não haver acordo entre a empresa autorizada a prestação do serviço e a detentora da *essencial facility* quanto ao preço a ser pago pela utilização desta, este preço será arbitrado pela própria agência que seguirá suas próprias regras para tal arbítrio.

A segunda fase concentra-se na concorrência propriamente dita, na autorização para que as empresas possam exercer o direito de prestar o serviço e serem, dessa forma, remunerados pelos usuários, e os usuários por sua vez, possam optar que empresas pretendem contratar para prestar-lhes tais serviços. Nessa fase a atuação da agência reguladora deve ser bem mais constante e imponente pois algumas empresas que antigamente prestavam serviço sob o regime de monopólio natural continuaram, após a privatização, prestando esses mesmos serviços sob a forma de concessionária, sendo assim, tais empresas, além da clientela e da credibilidade que possuíam, trazem consigo todo o aparato necessário para a operacionalização do sistema. Desta forma, necessário se faz que a atuação das agências seja

bastante forte afim de que sejam colocadas em condição de igualdade as empresas concessionárias e as novas autorizadas para que essas últimas não sejam massacradas pelas já existentes e assim ponham a perder todo o programa de privatização. Uma das formas encontradas para sanar as diferenças entre as empresas concorrentes que já atuam no mercado e as que acabaram de adentrá-lo foi a de dar àquelas que já possuíam toda a estrutura o ônus do investimento nas camadas de difícil ou nenhum retorno financeiro, herança do princípio da universalidade dos serviços públicos, já que são as empresas prestadoras desses serviços o objeto do presente estudo, assim, com as agências reguladoras livrando as novas empresas autorizadas do ônus de investimento e prestação de serviço público nessas áreas, estas terão maior autonomia para investir em infra estrutura para que possam prestar um serviço de qualidade e assim tentar concorrer no mercado. No presente caso, a solução encontrada não é de todo suficiente, pois apesar de minimizar as diferenças em termos econômicos, nada influem no campo da credibilidade ou no campo da clientela que essa empresa já prestadora do serviço possuía cativa, dessa forma, necessário seria que a compensação, se entender ser a compensação econômica a única possível, abarcasse também esses aspectos.

Já a terceira fase, refere-se ao poder ao poder normativo das agências, no intuito de que essas editassem normas que mantenham incólumes a estrutura concorrencial e não permitam o retorno dos monopólios, agora, caso retornassem, em uma situação ainda pior, já que os mesmos eram públicos e em caso de fracasso do sistema passaria a ser monopólio privado. Assim com a edição das referidas regras tratando da manutenção da

concorrência passando a agência a regular também essa concorrência, passa quase a ter uma competência conflitante com a competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, já que os atos de concentração devem ser por ele evitados, mantendo também a concorrência, mas sob a batuta das regras estipuladas pelas agências. Quanto à questão levantada, como a agência tem poderes normativos cabendo a ela estipular regras e ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE apenas julgar a atuação das empresas, não pode esse Conselho, caso entenda que não a atuação da empresa, mas sim a regra estipulada pela agência é que afronta ao modelo da livre concorrência vetar a referida regra, cabendo no caso em tela, apenas a busca do judiciário para que tal regra seja anulada, devendo o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE julgar os atos empresariais de acordo com as regras estipuladas.

Fica evidente que é papel das Agências Reguladoras zelar para a manutenção da estrutura concorrencial, visando uma melhor prestação do serviço público com aprimoração da sua qualidade e diminuição das tarifas cobradas utilizando de toda a sua competência regulatória, sem no entanto invadir a competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, que será em seguida delimitada.

4. O CADE E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O Direito da Concorrência visa tutelar o pleno exercício da livre concorrência, em favor da sociedade, disciplinando o mercado entre agentes econômicos e consumidores, no caso do estudo em tela, entre prestadoras de serviço público e usuários.

A livre concorrência configura interesse fundamental do indivíduo e da coletividade, previsto no artigo 170 da Constituição Federal¹² que trata dos princípios fundamentais da ordem econômica visando assegurar a todos uma vida digna em atenção aos ditames da justiça social

Para defender a concorrência foi criado o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, cujo expoente máximo é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. A legislação de defesa da concorrência busca quatro objetivos principais, a) proteção das liberdades políticas e individuais; b) proteção do consumidor; c) busca da maior eficiência econômica e d) oportunidade para participação de todos no mercado.

¹² **Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

O primeiro objetivo relacionado é a proteção das liberdades políticas e individuais, que é caracterizada pela abertura do mercado e entrada de várias empresas e prestadoras de serviço, fazendo com que qualquer cidadão possa escolher entre os vários empresários presentes no mercado para qual pretende trabalhar, não tendo que submeter-se a um único empregador, a uma empresa monopolista ou mesmo ao Estado quando este presta todos os serviços.

Outro objetivo importante é a proteção do consumidor, no caso do estudo em tela, do usuário de serviço público, nesse caso a abertura do mercado busca através da concorrência entre as empresas que estas invistam em tecnologia e qualidade e na busca da conquista do consumidor/usuário os serviços atinjam a melhor qualidade possível com o pagamento das tarifas no menor valor possível.

O terceiro objetivo é a contribuição para a maior eficiência econômica, uma vez que as decisões tomadas diretamente pelos empresários em um ambiente de concorrência, são sempre melhores que as tomadas em uma estrutura monopolista ou mesmo tomadas pelo Estado, já que dentro dessas estruturas tanto o monopolista quanto o Estado não necessariamente tem que ser eficientes já que ditam todas as regras referentes ao mercado.

O último dos objetivos da legislação de defesa da concorrência é o de dar oportunidade a todos de participação no mercado, já que evita o monopólio e tem também como fim primordial a abertura do mercado para novas técnicas e tecnologias que são conseguidas com a entrada de novos empresários.

4.1 A aplicação da lei de proteção à concorrência

A aplicação das Leis de Proteção à concorrência dependem do que se pretende atingir com a referida Lei, para isso existem três principais escolas que definem a aplicação da Lei da Concorrência, a primeira, designada tradicionalista ou estruturalista, a Escola de Chicago e a terceira conhecida como administrativista ou econômica.

A primeira das Escolas, a estruturalista, entende que a concorrência é um fim em si mesma visando coibir as práticas abusivas e preservar a multiplicidade de opções como proteção ao consumidor fazendo com que o preço caia, tal pensamento além de reduzir o desperdício já que o mesmo não é admitido em um ambiente de competição acirrada, motiva inovações no sentido de que essas são sempre necessárias como atrativo e manutenção de clientes. Essa escola tem como principal pensamento a valorização da concorrência em si mesma e não da eficiência. Tal escola prima pelo caráter intervencionista já que tem que manter o pulso firme afim de controlar o processo e coibir as condutas anti-concorrenciais.

A segunda escola, denominada Escola de Chicago, bastante diferente da primeira, prima pela eficiência dos serviços prestados deixando se ser a manutenção da concorrência seu objetivo principal, para essa escola seriam consideradas anticompetitivas apenas as condutas que reduzam a eficiência das empresas, não sendo consideradas abusivas ou prejudiciais características como o monopólio desde que este seja eficiente e preste o serviço de forma que estejam satisfeitos os usuários. Desta forma, essa escola

não protege o pequeno concorrente com a simples intenção de mante-lo no mercado, muito pelo contrário, ele exalta o forte que por demonstrar eficiência esmaga o ineficiente e por isso esmaga o deficiente, sem no entanto deixar de primar pela qualidade e preço justo que colocaram a empresa eficiente no lugar de destaque. Ambas escolas buscam o bem estar do usuário consumidor, diferenciando-se pelo caráter intervencionista que na primeira é bastante presente, onde a pequena empresa encontra guarita e quase ausente na segunda onde a lei é de que vença o melhor, ou mais forte.

A terceira escola vê a concorrência como meio de manter a política econômica estipulada pelo Estado e entende como violação desta concorrência toda e qualquer conduta que ponha em risco essas políticas públicas. Esta última escola encontra repulsa na maioria dos doutrinadores, vez que é entendimento quase unanime atualmente que o Estado não pode utilizar-se da legislação antitruste para buscar seus próprios objetivos, vez que não é ele e sim a coletividade o titular dos bens jurídicos protegidos pela lei, assim, não pode o Estado, para proteger quaisquer de suas políticas utilizar da legislação antitruste para passar por cima do interesse da coletividade ou das próprios objetivos traçados pela Constituição Federal para a lei qual seja a reprimenda ao abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

Apesar de ser a escola administrativa uma escola latino-americana, com muitos adeptos no Brasil, entendo que a Legislação de Defesa da Concorrência Brasileira tende para a escola estruturalista com braço de ferro do poder público sempre presente editando normas e criando regras para

manipular e manter a concorrência das empresas, sem no entanto, como na escola administrativa ser conectada à política econômica vigente, buscando apenas o respeito direto e incondicional da lei, sem interferência direta do Executivo.

4.2 O conselho administrativo de defesa econômica e sua atuação

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE é uma autarquia dotada de independência e vinculada apenas administrativamente ao Ministério da Justiça, é o órgão julgador do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, tendo a última palavra administrativamente quando se tratar da política antitruste, que engloba a repressão e punição às atividades contrárias à livre concorrência, bem como a prevenção dos atos de concentração econômica.

A Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, foi a primeira a citar o CADE, o referido diploma inovou não só pelo pioneirismo na criação do Conselho, mas também por enumerar as situações em que seriam configurados o uso ou abuso de poder econômico na prática de um mesmo ato frente a política econômica predominante. Além disso, a Lei ao criar o CADE, ante a falta de um Tribunal Administrativo, outorgou a ele o poder de julgar as referidas situações tendo ele a última palavra na esfera administrativa, atuando como um quase-tribunal já que suas decisões eram ainda submetidas às decisões do Poder Judiciário que é o único com capacidade de fazer a coisa julgada. Cabe ressaltar que apesar de poder ter suas decisões reavaliadas pelo

Poder Judiciário, as decisões do CADE configuram verdadeiros laudos técnicos especializados com peso bastante relevante na fundamentação das decisões judiciais.

Após a Lei 4137/62, foi promulgada a Lei 8.158 de 08 de outubro de 1991, que tratava das normas de defesa da concorrência criando a Secretaria Nacional de Direito Econômico e definindo as suas atribuições, quais sejam, as de receber, apurar as denúncias, além de em algumas situações propor as medidas cabíveis. Tal lei absorveu ainda as especificações sobre o CADE e reconheceu a sua competência para julgar e aplicar as referidas sanções como disposto na Lei anterior. A Lei 8.158/91 também concebeu como correta a teoria do resultado ou dos efeitos do evento danoso para configurar as ofensas à ordem econômica repudiadas pelo CADE, dispõe o artigo 22 *“Na apuração e correção dos atos ou atividades previstos nesta lei, a autoridade levará em conta, primordialmente, os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, ainda que não se caracterize dolo ou culpa dos agentes causadores”*

Posteriormente à Lei 8.158/91, foi editada a Lei 8.884 de 11 de junho de 1994 que continua até hoje vigor e regula a defesa da concorrência, a referida Lei efetuou algumas mudanças na estrutura do CADE transformando o conselho em Autarquia; fundamentou suas diretrizes em ideologias constitucionais como os ditames da liberdade de iniciativa, a livre concorrência a função social da propriedade para a defesa dos consumidores e repressão do abuso econômico; reconheceu a coletividade como titular dos bens jurídicos protegidos e tipificou de forma clara as infrações à ordem econômica. Desta forma ficou clara a natureza jurídica e a forma de atuação do CADE, tendo o

mesmo como atribuições essenciais orientar, fiscalizar e estudar o abuso do poder econômico exercendo papel tutelador de apuração e repressão do mesmo quando verificado., sendo a função primordial a defesa da concorrência no mercado brasileiro¹³.

A Lei 8884/94, além de reestruturar o CADE, reestruturou também todo o complexo de proteção da concorrência, separou e definiu exaustivamente as competências da Secretaria de Direito Econômico – SDE e do próprio CADE, ficando as atribuições da SDE estipuladas no artigo 14¹⁴, cabendo a esse órgão analisar as situações fáticas, as operações feitas pelas empresas com lugar de destaque no mercado, receber denúncias, investigar suas transações e enviar via ofício para o CADE para arquivamento ou para, exercendo o CADE sua função precípua que é a judicante, julgar e decidir sobre a transação investigada. O CADE, por envolver matéria penal, tratar da aplicação de sanções àqueles que desobedecerem à lei antitruste, não pode

¹³ Cartilha do CADE

¹⁴ Art. 14. Compete à SDE:

I - zelar pelo cumprimento desta lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado;

II - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso;

III - proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica, a averiguações preliminares para instauração de processo administrativo;

IV - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos das averiguações preliminares;

V - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;

VI - instaurar processo administrativo para apuração e repressão de infrações da ordem econômica;

VII - recorrer de ofício ao Cade, quando decidir pelo arquivamento das averiguações preliminares ou do processo administrativo;

VIII - remeter ao Cade, para julgamento, os processos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica;

IX - celebrar, nas condições que estabelecer, compromisso de cessação, submetendo-o ao Cade, e fiscalizar o seu cumprimento;

X - sugerir ao Cade condições para a celebração de compromisso de desempenho, e fiscalizar o seu cumprimento;

XI - adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento;

XII - receber e instruir os processos a serem julgados pelo Cade, inclusive consultas, e fiscalizar o cumprimento das decisões do Cade;

XIII - orientar os órgãos da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta lei;

XIV - desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica;

XV - instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica, e os modos de sua prevenção e repressão;

XVI - exercer outras atribuições previstas em lei.

basear suas decisões em meros indícios ou conjecturas, a validade e credibilidade de suas decisões dependem de observância rigorosa da forma, sua subordinação ao princípio da ampla defesa, e à vinculação dessas decisão ao material probatório. A cartilha do CADE traz um resumo do funcionamento de todo o sistema na defesa da concorrência:

“As denúncias de práticas infrativas à ordem econômica, deverão ser encaminhadas à SDE, que dará início às averiguações preliminares ou, se houver condições, a um procedimento administrativo, procedimento este que tem por objetivo a produção de provas através da obtenção de documentos, da realização de pesquisas e da descrição dos fatos narrados. Na hipótese de ser fazer necessário o estudo das implicações econômicas de tal denuncia, o processo deverá ser remetido para a SEAE que emitirá seu parecer.

Finda toda a fase inquisitória acima exposta, cabe ao CADE, com base nos elementos apurados, julgar a ocorrência sob análise, declarando a mesma abusiva ou não face aos princípios constitucionais regulares da ordem econômica, maxime insculpidos na lei 8884/94, tomando então as providências cabíveis para coibi-la ou repará-la na hipótese da mesma consistir numa infração”¹⁵

A Lei 8.884/94 também definiu o que seja Posição Dominante e Mercado Relevante, conceitos básicos para a análise e julgamento do que seja atividade ameaçadora da ordem econômica. Primeiramente deve-se analisar que uma empresa não atinge a posição dominante apenas quando toma controle total do mercado relevante, para o CADE, uma empresa passa a exercer posição dominante quando domina 20% (vinte por cento) do mercado

¹⁵ Cartilha do CADE, www.cade.gov.br

relevante, nessa situação fica essa empresa habilitada a manejar preços e manipular a concorrência da maneira que melhor lhe convier ficando claro que tal domínio é prejudicial à ordem econômica. Como disposto, necessário se faz para uma atuação eficaz do CADE que se tenha em mente o que é a posição dominante, de cujo conceito faz parte outra expressão, a de Mercado Relevante que traduz um mercado onde as empresas situadas na demanda analisada pelo CADE atuam, onde o consumidor poderia encontrar substitutos para a os produtos oferecidos por aquela empresa, nos termos do próprio CADE, "*Mercado relevante é o espaço da concorrência. Diz respeito aos diversos produtos ou serviços que concorrem entre si, em determinada área, em razão de sua substitutibilidade naquela área. Sua definição se faz necessária in casu, tanto em termos geográficos quanto em relação ao serviço.*" Voto proferido pela conselheira Neide Teresinha Malard no processo administrativo n 31/92.

Assim ficam claras as atribuições do CADE que busca a defesa e estímulo da concorrência em nome da coletividade evitando as praticas abusivas de empresas em busca do controle do mercado e, via de consequência, de lucros maiores de acesso mais fácil conseguidos através de acordos verticais e horizontais como a formação de cartéis, a venda casada, os sistemas seletivos de distribuição os preços predatórios e os atos de concentração, que são didaticamente definidos na Cartilha do CADE¹⁶.

¹⁶ NO ÂMBITO DOS ACORDOS VERTICAIS OU HORIZONTAIS, PODEM SER DESTACADAS AS SEGUINTE PRÁTICAS:

Formação de Cartel: As empresas nem sempre apreciam o jogo da livre concorrência. Elas preferem, às vezes, cooperar entre si, combinando preços, restringindo a variedade de produtos e dividindo os mercados para manter suas receitas sempre estáveis.

Para o consumidor e para outras empresas isto significa ter que pagar um preço muito maior se comparado ao valor que o produto realmente custa e ainda ter o seu leque de opções de compra diminuído.

Fica claro desta forma que aos órgãos de defesa da concorrência compete, exclusivamente, prevenir, apurar e coibir as ofensas à ordem econômica, disciplinar as questões entre agentes, sendo estranhas a esses entes questões "*interna corporis*". A concorrência que interessa ao Direito da Concorrência é a luta pela clientela, cujo a essência é liberar o comprador do Poder do Monopólio, permitindo-lhe fontes alternativas do produto ou do serviço. A função precípua do CADE é tutelar o mercado, buscando regular a ocorrência de restrições de alcance coletivo à concorrência, e não defender conflitos de natureza privada, estes devem buscar reparação no Poder Judiciário.

Para a fiel configuração desta infração, se faz mister que haja efetivo acordo entre os agentes envolvidos, pois pode ocorrer que diversas empresas, praticantes da mesma atividade econômica, venham a utilizar-se de preços semelhantes sem que tenha ocorrido qualquer ajuste prévio, cessando, assim, a idéia de abusividade.

Venda Casada: Consiste na prática de subordinar a venda de um bem ou serviço à aquisição de outro.

O praticante da venda casada produz barreiras à entrada de concorrentes potenciais no mercado ou empecilhos à expansão dos concorrentes já presentes.

A subordinação proporcionada pela venda casada, gera uma restrição de liberdade de comprar e vender por pressão, por coação, sem que haja qualquer benefício para o consumidor na aquisição vinculada.

Sistemas Seletivos de Distribuição: São restrições impostas, injustificadamente, pelo fabricante ao distribuidor, utilizadas de forma a discriminar distribuidores, vendedores e consumidores, que acabam por ser prejudiciais à livre concorrência.

As restrições apenas são justificáveis se apresentarem o escopo de manter um padrão eficiente de distribuição, oferecerem serviços de manutenção e garantias ao consumidor.

A legislação antitruste reprimirá o agente sempre que o mesmo, sem motivação plausível, impedir o acesso do consumidor a uma determinada mercadoria.

Preços Predatórios: Muitas vezes, as empresas se utilizam da estratégia de baixar propositadamente os preços de seus produtos a valores inferiores ao seu preço de custo, esperando, com isso, que os concorrentes desistam do mercado daquele setor.

No início, o consumidor pode até ficar satisfeito em poder adquirir o produto a preço baixo, mas, posteriormente, se verá prejudicado pela falta de concorrência entre os fabricantes, fato este que afastará os benefícios inerentes à concorrência já analisados neste trabalho.

Os exemplos de infrações supra elencadas, bem como outras, podem ser denunciadas por qualquer pessoa ou empresa que se sinta prejudicada, aos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

OS ATOS DE CONCENTRAÇÃO –

Fusões, aquisições, incorporações e joint ventures são típicos atos de concentração. Eles fazem parte do processo natural do desenvolvimento de uma economia de mercado e em si não configuram práticas abusivas.

Tais atos buscam geralmente, aumentar a eficiência de uma empresa através, por exemplo, da diminuição de custos. Porém estas operações podem, ao mesmo tempo, resultar em restrições à concorrência ensejando assim sua apreciação pelo CADE.

O CADE aprovará o ato se o mesmo proporcionar de fato, o aumento da produtividade, a melhoria da qualidade de bens e serviços ou ainda o desenvolvimento tecnológico e econômico.

Na hipótese contrária, isto é, se o CADE apurar resultados lesivos à concorrência, o órgão poderá aplicar multas ou obrigar as empresas envolvidas a desfazerem a operação.

Em suma, as principais razões que levam o Estado ao controle dos aludidos atos empresariais, são as seguintes:

- a) as concentrações tornam a estrutura do mercado menos competitiva, o que, por si só, tende a desencorajar a entrada de novos concorrentes; além disso, as empresas, depois de se associarem, se tiverem adquirido suficiente poder econômico, podem aumentar os preços no mercado;
- b) as concentrações de empresas e a conseqüente concentração de poder econômico, aumentam as oportunidades para um comportamento menos competitivo na medida em que a concentração tende a diminuir o número de concorrentes no mercado;

5. O CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE CADE E AGÊNCIAS REGULADORAS

Apesar de ainda não ter sido definido o liame da competência da atuação das agências e do CADE em relação à concorrência entre as empresas prestadoras de serviço público, muitas dessas agências já tem a sua legislação promulgada e já vem atuando, tais agências de acordo com os princípios que as criaram, tem o dever funcional de promover a concorrência, zelando para que as concessões, permissões e autorizações sejam efetuadas da melhor forma para que os mercados atuem em competição, além disso devem ainda regular a forma de acesso aos meios de distribuição ainda monopolizados para que não maculem a competição instituída. Dessa forma, as agências tem o Poder necessário de editar normas com a finalidade de motivar a concorrência, bem como a de aplicar sanções caso tais normas não sejam cumpridas, atuando dessa forma com o poder de polícia que lhe é inerente, e não invadindo a competência do CADE. Tal fato, invasão à competência do CADE, só se dará, caso as agências aplicarem as regras e sanções descritas na Lei 8884/94, caso ocorra qualquer fato tipificado na Lei 8884/94 este devera dar ensejo a investigação e julgamento nos termos daquela Lei.

c) as concentrações produzem eficiências desejáveis e indesejáveis, por isso é necessário saber distinguir umas das outras, bem como quais são aquelas que surgem a curto, médio e a longo prazo.

Nos casos das agências já em funcionamento é este o entendimento, de que há uma responsabilidade subsidiária, ou seja, por ter normas gerais, as agências tem toda a competência para legislar e sancionar as empresas em relação à competição, morrendo essa competência quando se apuram atos relacionados na Lei 8.884/94, passando para a Secretaria de Desenvolvimento Econômico a competência em relação à apuração desses atos e ao CADE a competência quanto ao julgamento desses.

A relação acima exposta, é cabível para todas as agências reguladoras em funcionamento com exceção da ANATEL, onde a Lei criadora da agência, composta de 216 artigos, é extremamente complexa e detalhista, delimitando nos mínimos detalhes a competência da referida agência, nesse caso específico, a ANATEL não tem uma delimitação como as outras agências nos atos tipificados na Lei 8.884/94, mas ultrapassa tal limite, concorrendo com a Secretaria de Desenvolvimento Econômico, cabendo à ANATEL, em caso de ocorrência de tais atos a sua apuração e remessa direta ao CADE para julgamento. Cabe ressaltar que apesar de detalhista, a lei das telecomunicações não restringiu à ANATEL tal responsabilidade, podendo a SDE também efetuar tal investigação o que pode resultar em dois relatórios diferentes a serem encaminhados ao CADE, cabendo a esse órgão decidir qual deles acatar.

5.1 A posição da Advocacia Geral da União ante ao conflito de competência

Apesar da aparência pacífica entre as agências e o CADE com a definição tácita da responsabilidade subsidiária, cabe trazer à baila o Parecer AGU: GM-020 que dispõe sobre o conflito de competência do Banco Central, atuando no caso como uma agência reguladora e o CADE. O Parecer no caso em tela, desafia a posição da responsabilidade subsidiária entre agências reguladoras e CADE ao concluir “pela competência privativa do Banco Central para analisar e aprovar os atos de concentração de instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como para regular as condições de concorrência entre instituições financeiras e aplicar-lhes as penalidades cabíveis”, ou seja, tal parecer botou por terra toda a atuação das agências, vez que entendeu ser o Banco Central o órgão competente para cuidar de atribuições previstas na lei 8.884/94, até então um limite para a atuação das agências reguladoras. Para uma conclusão mais apurada da situação e o que levou a Advocacia Geral da União a concluir pela competência do Banco Central, devemos analisar as circunstâncias da referida situação fática.. Cabe esclarecer que o Banco Central não é exatamente uma agência, apesar de fazer as vezes de órgão regulador do sistema financeiro nacional, esclarecendo ainda que a lei que criou e estabeleceu suas prerrogativas é uma lei ordinária, a Lei 4.595/64, anterior à Lei das Concorrências que data de 1994. No presente caso, o Banco Central arguiu pelo poder de analisar e aprovar os atos de concentração de instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem

como para regular as condições de concorrência entre instituições financeiras e aplicar-lhes as penalidades cabíveis sob o argumento de que apesar de tal prerrogativa ter sido estipulada por lei ordinária anterior à Lei 8.884/94, tal Lei foi recepcionada pela Constituição Federal como Lei Complementar, não podendo dessa forma ser revogada por Lei ordinária, estando assim em vigor, sendo, via de consequência, suas tais prerrogativas em atenção ao princípio da Legalidade.

A argumentação do Banco Central foi aceita pela Advocacia Geral da União que entendeu ter o referido banco tais prerrogativas, não se limitou a isso na análise estampada em seu parecer, naquele a Advocacia Geral da União refere-se a Lei das concorrências como uma lei ordinária sem maiores especificidades, que não pode revogar lei complementar e ao mesmo tempo pode ser revogada por lei mais recente, sendo ainda em suas palavras poder do legislador estabelecer o poder das agências para atuar frente ao direito da concorrência mesmo nos atos tipificados na Lei 8.884/94, dispõe o Parecer: “68. Ressalte-se, por oportuno, que esse tratamento constitui uma opção do legislador, uma vez que a Lei 9.472/97 poderia, sem qualquer eiva de inconstitucionalidade, ter deferido tal competência exclusivamente à ANATEL, uma vez que o § 4º do art. 173 da Constituição não proíbe que a competência para o exame das matérias q que ele se refere seja outorgada a mais de um órgão.”

Desta forma fica claro, como dito acima que o trabalho de delimitação das competências das Agências Reguladoras e do Conselho Administrativo de Desenvolvimento Econômico – CADE, deve ser feito antes de

promulgadas as leis, para que estas, por terem o poder de dar as agências ingerência sobre a concorrência com um todo, já tenham regras definidas sob pena de fragmentação da política concorrencial nacional.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos capítulos anteriores já formam bem definidas as competências das Agências Reguladoras e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, no entanto, claro fica que em certos momentos, as competências desses órgãos se entrelaçam criando a necessidade de estipulação da esfera de competência de cada um para que se possa otimizar a prestação do serviço público no Brasil.

É competência dos órgãos de defesa da concorrência, CADE, SDE e SEAE reprimir e prevenir quaisquer atos que venham a por em risco o livre mercado no Brasil, entretanto, atualmente os setores regulados sofrem fiscalização direta e constante das agências reguladoras, que tem como um de seus principais papéis o de garantir que o serviço seja prestado com a máxima qualidade a um preço mínimo, o que se consegue também através da concorrência entre prestadores.

Precipuamente, com o fim de que sejam efetivamente estipulados os papéis do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e das Agências Reguladoras, necessário se faz que se defina uma aplicação única das políticas concorrenciais, a defesa da concorrência é regulada pela Lei 8.884/94, uma lei ordinária e anterior à Lei que instituiu a primeira das Agências Reguladoras, a ANATEL, de 1.997, ou seja, quaisquer estipulações contidas na legislação que cria as agências que contrarie o que contem a Lei da

Concorrência passa a revoga-la, já que ambas são leis ordinárias e uma vez em conflito, a mais recente predomina, criando-se dessa forma uma vantagem eterna para as agências.

Com base nesse entendimento, deve-se esclarecer quem efetivamente estabelece as diretrizes concorrenciais, já que deve ser colocado de forma a formar um parâmetro pré legislativo, uma vez que publicada a lei criadora da agência essa pode passar a deter todos os poderes, não se sabendo exatamente que política concorrencial será efetivamente tomada, já que pelo fato de cada uma dessas agências ser regulada por sua própria lei, e também por sua independência, característica das mais importantes, cada uma pode eleger sua própria prioridade e meio de atuação, fragmentando dessa forma a política concorrencial brasileira, correndo o sério risco de torná-la inócua.

Por outro lado, não se deve alijar as agências e concentrar toda a política de concorrência entre os prestadores de serviço públicos na mão do CADE apenas sob a fundamentação de uniformizar a política concorrencial do país, as agências reguladoras estão muito mais presentes no âmbito dessas empresas, podendo dessa forma analisar melhor o que se passa no dia a dia delas e analisar o que seriam entre os vários atos praticados por essas empresas, os lesivos à concorrência, além disso atos que possam parecer lesivos à vista do CADE, que é um órgão de análise geral, pode parecer pouco ou nada infringente do ponto de vista das agências que possuem a grande especificidade técnica e entende profundamente do assunto e das necessidades que possuem essas empresas para sua atuação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo, Dialética, 2001.
2. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica - O Controle da concentração de empresas**. São Paulo, Malheiros, 2002.
3. FILHO, Calixto Salomão (coordenador). **Regulação e Concorrência – Estudos e Pareceres**. São Paulo, Malheiros, 2002
4. SOUZA, Washington Peluso Albino de Souza. **Lições de Direito Econômico**. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 2002.
5. SOUZA, Washington Peluso Albino de Souza. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. São Paulo, LTR Editora, 1999.
6. SUNDFELD, Carlos Ari (coordenador). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo, Malheiros, 1ª edição, 2ª tiragem, 2002.

7. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 15 de julho de 2002.

8. OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de. **Monografia Jurídica: orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso**. Porto Alegre. Síntese. 2ª edição. 2001.

9. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo. Atlas. 13ª edição. 2001.

10. FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo. Malheiros. 1996.

11. SUNDFELD, Carlos Ari. **Os contratos de concessão e sua anulação**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 12, março, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 15 de julho de 2002.

12. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Serviço público e poder de polícia**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização

Jurídica, v. I. nº 05, agosto, 2001. Disponível na Internet:
<http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 15 de julho de 2002.

13. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Distinção entre usuário de serviço público e consumidor**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 15 de julho de 2002.

14. PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. **As agências reguladoras como fornecedoras de desenvolvimento econômico e social**. In Jus Navegandi, n. 58. Disponível da Internet:
<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3080>.

15. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa, e DIAS, Maria Teresa Fonseca. **(RE) pensando a pesquisa jurídica. Teoria e prática**. Belo Horizonte. Del Rey. 2002.