

APLICAÇÃO DAS NORMAS GERAIS DE CONCORRÊNCIA NOS SETORES REGULADOS

The Enforcement of Competition Rules in Regulated Sectors

Alexandre Ditzel Faraco

Sumário

1. Introdução; 2. Direito Concorrencial e Regulação; 3. A Competência do SBDC em Setores Regulados; 4. A Experiência Brasileira de Controle de Condutas em Setores Regulados; 5. A Experiência Brasileira de Controle de Concentrações em Setores Regulados; 6. Conclusão.

Resumo

O texto analisa parâmetros para delimitar as relações que se estabelecem entre direito concorrencial e regulação. Primeiro define critérios gerais de aplicação do direito concorrencial em setores regulados. Em seguida, trata da competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em relação à aplicação, no âmbito administrativo, do direito concorrencial a tais setores. Analisa o tema, ainda, a partir da jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica relativa a controle de condutas e de concentrações em setores regulados.

Palavras-chave: Direito Concorrencial, Regulação, CADE.

Contents

1. Introduction; 2. Competition Law and Regulation; 3. Jurisdiction of Brazil's Antitrust Authorities over Regulated Sectors; 4. The Brazilian Experience with Anticompetitive Behavior in Regulated Sectors; 5. The Brazilian Experience with Merger Control in Regulated Sectors; 6. Conclusion.

Abstract

The paper discusses the interaction between competition law and regulation. First, it identifies general criteria that should guide the enforcement of competition law in regulated industries. Then, it considers the jurisdiction over regulated industries of Brazil's government agencies involved in the enforcement of competition law. The paper also reviews the case law of the Administrative Council for Economic Defense in connection with the merger review and anticompetitive behavior complaints in regulated industries.

Keywords: Competition Law, Regulation, CADE.

1. INTRODUÇÃO

Direito concorrencial e regulação são duas modalidades de atuação estatal sobre a economia. Uma forma comum de explicá-las, a partir de critérios gerais, é dizer que têm por objetivo a correção de *falhas de mercado*, o que significa que aparecem quando a ação privada dos agentes econômicos conduz a efeitos deletérios do ponto de vista coletivo.

Embora seja possível aproximá-las sob esse denominador comum, são instrumentos de ação estatal com características bastante diversas, que por vezes se complementam, se sobrepõem e até conflitam. A própria noção de “regulação” abarca universo normativo com aspectos variados e não é simples a tarefa de identificar fatores que permitam construir um conceito unívoco.

Não é a existência de *regime de mercado* que diferencia uma situação da outra. O direito concorrencial não está estritamente focado nas relações de concorrência em dado mercado. Disciplina, também, a relação entre agentes situados em mercados distintos, mas verticalmente relacionados, os quais podem inclusive deter posição de monopólio. Basta lembrar aqui situações em que o exercício abusivo de *posição dominante* é dirigido a consumidores e não concorrentes e a referência que faz o artigo 15, da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, à sua aplicação aos *monopólios legais*,¹ A regulação, por sua vez, não aparece apenas para organizar *monopólios naturais*, mas pode inclusive ter como finalidade a criação de ambiente econômico concorrencial.

Em linhas gerais, o direito concorrencial pretende disciplinar a ação do agente econômico no âmbito em que este tem liberdade de fazer suas escolhas. Controla o exercício do poder econômico onde esse pode ser exercido e limita escolhas que tendam a resultar em concentração desse poder. Trata-se de conjunto normativo voltado a todos os setores da economia, aplicado de forma casuística e que não pretende conduzir as escolhas privadas a resultados predeterminados.

A regulação, por sua vez, restringe o âmbito de liberdade do agente econômico. Substitui a escolha privada em relação a certas variáveis econômicas – como preço, quantidade, diferenciação e investimento – por uma decisão estatal. Abrange normas específicas a determinados setores da economia, que impõem escolhas e fazem restrições *a priori*, além de instrumentalizarem a realização de certos resultados predeterminados.

¹ Cf. artigo 31 da Lei nº 12.529/11.

Percebe-se, portanto, diferença de intensidade com a qual a ação estatal se volta ao exercício do poder econômico. Num caso trata-se de conter o abuso em seu exercício, noutro pretende-se suprimir o seu exercício e substituí-lo por decisões estatais. Apesar das diferenças, ambos tratam em grande medida dos mesmos tipos de relações econômicas. Conseqüentemente, em situações concretas, podem assumir caráter complementar ou podem conflitar.

O presente texto discute parâmetros para delimitar as relações de complementaridade ou contraposição que se estabelecem entre direito concorrencial e regulação. Está dividido em cinco partes, além desta introdução. A primeira procura definir critérios gerais de aplicação do direito concorrencial em setores regulados. A segunda trata da competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) em relação à aplicação, no âmbito administrativo, do direito concorrencial a tais setores. Trata-se de discussão diversa da primeira. Uma coisa é definir se materialmente há espaço para a aplicação do direito concorrencial em determinado âmbito regulado da economia. Outra é avaliar se as normas gerais de concorrência serão aplicadas por agências voltadas especificamente à matéria concorrencial ou por órgãos reguladores setoriais. As duas partes subsequentes do texto analisam o tema a partir da jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) relativa a controle de condutas e de concentrações em setores regulados. A última organiza e sintetiza as conclusões do texto.

2. DIREITO CONCORRENCIAL E REGULAÇÃO²

O tema desta parte do texto será abordado em dois tópicos. Primeiro, serão delimitados os critérios gerais que devem nortear a análise quanto à aplicação do direito concorrencial em setores regulados. Em seguida, será

² Há atualmente expressiva bibliografia nacional discutindo essa temática. Os critérios gerais de aplicação apresentados abaixo foram em parte formulados em Alexandre Ditzel Faraco, *Regulação e direito concorrencial – as telecomunicações*, São Paulo, Paulista, 2003. Sobre o tema cf. também Calixto Salomão Filho, *Direito concorrencial – as estruturas*, 3a ed., São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 236 e ss., e *Regulação da atividade econômica – princípios e fundamentos jurídicos*, 2a ed., São Paulo, Malheiros, 2008, pp. 167 e ss.; Bolívar Moura Rocha, “Regulação de infraestrutura e defesa da concorrência: proposta de articulação”, *Revista de Direito Mercantil*, n. 112, 1998, pp. 85-92; Alexandre Santos de Aragão, “Competência antitruste e regulações setoriais”, *Revista do IBRAC*, vol. 16, n. 1, 2009, pp. 29-43; Eduardo Ferreira Jordão, *Restrições regulatórias à concorrência*, Belo Horizonte, Fórum, 2009.

considerado como o direito concorrencial se relaciona com um tipo específico de regulação – a “regulação concorrencial” – voltada à geração de ambientes econômicos concorrenciais.

Crítérios gerais de aplicação

Se a regulação tende a suprimir o exercício do poder econômico que o direito concorrencial procura controlar, diante da existência da primeira a possibilidade de aplicação do segundo será determinada a partir da verificação dos âmbitos nos quais o poder econômico continua a se manifestar de forma incondicionada. Quando existe espaço para o seu exercício e o próprio agente econômico pode determinar as suas escolhas no mercado, ao invés de vê-las impostas por uma decisão pública, abre-se a possibilidade de ocorrerem abusos e, conseqüentemente, de o direito concorrencial vir a ser aplicado. O inverso irá ocorrer nas situações em que a possibilidade de exercício de tal poder foi excluída pela regulação.

Para se fazer essa avaliação é preciso considerar não apenas a existência formal de regulação, mas em que medida esta efetivamente afasta o exercício, ou não, do poder econômico e os efeitos daí advindos. Assim, a ação reguladora que deixa espaço para a escolha do agente econômico abre um campo de incidência ao direito concorrencial. Isso ocorrerá tanto (i) em âmbitos de exercício do poder econômico que a regulação não alcança – porque não pretende regulá-los; como (ii) quando a regulação existente tem abrangência limitada ou for simplesmente ineficaz e as decisões sejam, de fato, tomadas a partir do exercício do poder econômico.

A mera caracterização geral de um setor como “regulado” não afasta, portanto, a incidência do direito concorrencial. A regulação pode não tratar de certos aspectos das relações econômicas desse setor ou não disciplinar de forma exaustiva e eficiente aqueles de que trata. Uma situação simples, que aparece em decisões do CADE e que permite ilustrar esse ponto, diz respeito à existência de uma política tarifária ou de controle de preços.

O fato de um órgão regulador estabelecer preços não exclui necessariamente a liberdade de ação dos agentes econômicos quanto a essa matéria. Esses preços podem ser apenas um referencial máximo, abaixo do qual os agentes podem livremente fixar o que irão cobrar. Em tese, essa seria uma regulação que não excluiria a possibilidade de ilícitos como cartéis e preços predatórios.

É possível, ainda, que a regulação não seja efetivamente aplicada ou seja insuficiente para conter o poder econômico. A lei permite, por exemplo, que o órgão regulador fixe preços obrigatórios, mas os preços fixados destoam totalmente dos custos de disponibilização do bem ou serviço ou o regulador nada

faz além de atender todo e qualquer pedido de aumento por parte da empresa regulada, sem verificar se existem justificativas adequadas para tanto. Nessa situação também haveria espaço para a aplicação do direito concorrencial inclusive em relação à existência de preços excessivos, tendo em vista que o poder econômico seria exercido sem qualquer limitação efetiva.³

Em alguns contextos a regulação será tão abrangente que não haverá qualquer espaço para se cogitar a aplicação do direito concorrencial. É o que acontece, em princípio, numa concessão para operação de rodovia que se caracteriza como monopólio natural. O órgão regulador é que selecionará o agente único a executar os serviços, assim como fixará em caráter obrigatório as tarifas a serem cobradas e os investimentos a serem feitos. Mas em muitos contextos a regulação não terá essa abrangência e não pretenderá determinar todas as variáveis econômicas da empresa. Buscará corrigir *falhas de mercado* mais pontuais, no que poderá estabelecer relação de complementaridade com o direito concorrencial.

Nos cenários discutidos acima há em regra um caráter complementar entre direito concorrencial e regulação na disciplina do poder econômico. Mas é possível cogitar de situações nas quais a relação será de contraposição: a regulação autoriza expressamente ou impõe conduta em princípio incompatível com o direito concorrencial. Traria isenções, portanto, à aplicação das normas gerais de concorrência. Seria o caso de regulação que pretendesse organizar de forma coletiva o processo de negociação ou aumento de certos preços, institucionalizando um cartel. Ou que impusesse situações que propiciassem a manutenção de estruturas concentradas em certos mercados. Também a hipótese de política de subsídios cruzados que resultasse na imposição de preços excessivos em um mercado e potencialmente predatórios em outro.

Isenções expressas ao direito concorrencial não são comuns. Discute-se inclusive se seriam admissíveis no sistema jurídico brasileiro, tendo em vista que a concorrência e a vedação ao abuso do poder econômico, enquanto prin-

³ Essa discussão pode se tornar muito mais complexa. Mesmo que se identifique a incapacidade da regulação limitar de forma eficiente o exercício do poder econômico, é possível questionar até que ponto o direito concorrencial conseguiria melhor resultado. Indagação como esta aparece subjacente à discussão no caso *Trinko* decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 2004, no qual se adotou um enfoque bastante restritivo quanto à possibilidade de se recorrer ao direito concorrencial para solucionar conflito tipicamente regulatório – condições de acesso às redes de telecomunicações. Sobre o caso, cf. Herbert Hovenkamp, *The antitrust enterprise*, Cambridge, Harvard University Press, 2005, p. 246 e ss.

cípios constitucionais, alcançam toda a ordem econômica.⁴ Isso se reflete na abrangência que o legislador deu à Lei nº 8.884/94. Nos termos do já citado artigo 15, sua aplicação se estende inclusive a atividades exercidas sob *regime de monopólio legal* e abarca pessoas jurídicas de *direito público ou privado*.⁵

Exemplo de isenção referido na doutrina remete às disposições encontradas na Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979, sobre a relação entre o fabricante de veículos automotores e seus revendedores.⁶ A Lei citada admite, por exemplo, que no contrato entre as partes seja fixada cláusula de exclusividade vedando a comercialização de veículos automotores novos fabricados ou fornecidos por outro produtor. A permissão expressa de exclusividade, em princípio restritiva da concorrência, isentaria esse aspecto da relação entre fabricantes e revendedores do direito concorrencial.

Seria possível discutir, a partir desse exemplo, até que ponto toda exclusividade permitida em lei representaria realmente uma isenção. Cláusula dessa natureza não é necessariamente incompatível com o direito concorrencial.⁷ Uma efetiva isenção ao direito concorrencial não deve ser confundida com qualquer menção legal a condutas semelhantes àquelas descritas no artigo 21 da Lei nº 8.884/94.⁸ Não há isenção, por exemplo, quando a Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, que dispõe sobre o contrato de franquia empresarial, admite a divisão de território entre os franqueados. Em primeiro lugar, não é toda divisão territorial que caracteriza ilícito econômico, mas apenas aquela que for capaz de produzir um dos efeitos do artigo 20 da Lei nº 8.884/94.⁹ Ademais, a Lei nº 8.955/94 em nenhum momento indica que admite tal prática mesmo quando isso configurar infração contra a ordem econômica.

Quando de fato se estiver diante de disposição legal ou regulação válida criando isenções, a respectiva norma terá um efeito semelhante ao do § 1º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94.¹⁰ Afastará determinadas situações específicas da

⁴ Cf. Calixto Salomão Filho, *Direito concorrencial – as estruturas*, cit., p. 246.

⁵ O artigo 31 da Lei nº 12.529/11 tem o mesmo conteúdo.

⁶ Cf. Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni, “Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites – Lei 8.884, de 1994 e Lei 6.729, de 1979 (“Lei Ferrari)””, *Revista do IBRAC*, vol. 6, 1999, pp. 5-27.

⁷ Para uma análise exaustiva da temática da exclusividade no direito concorrencial, cf. Calixto Salomão Filho, *Direito concorrencial – as condutas*, 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 246 e ss. e 296 e ss.

⁸ Artigo 36, § 3º, da Lei nº 12.529/11.

⁹ Artigo 36 da Lei nº 12.529/11.

¹⁰ O controle preventivo disciplinado no artigo 54 não deveria obscurecer o fato de

hipótese da norma que cria o ilícito concorrencial, limitando o âmbito de sua incidência. Assim, em tais circunstâncias não haverá a caracterização de uma infração. É certo, todavia, que apenas em situações excepcionais uma regulação dessa natureza poderá ser tida como legítima. Afastar a norma concorrencial de determinado setor exige que a respectiva política reguladora encontre fundamentos constitucionais tão representativos quanto aqueles nos quais se baseiam as normas relativas à concorrência.

A análise, em cada situação, deve partir desse quadro de princípios. O recurso direto às regras de solução de conflitos de normas pode se mostrar precipitado, pois levaria à conclusão de que seria possível excepcionar o direito concorrencial com base na mera referência ao critério da especialidade. É preciso antes verificar se a respectiva isenção encontra fundamento na ordem econômica constitucional, integrando política pública efetivamente direcionada à realização de princípios que tenham a mesma dignidade daqueles concretizados pelo direito concorrencial.¹¹

que se está a tratar das mesmas condutas disciplinadas no artigo 20. O *caput* do artigo 54 reproduz, com os mesmos termos, parte do inciso I e o inciso II do artigo 20. A mera circunstância de estarem em Títulos diversos da Lei não é suficiente para afastar o fato de que integram um mesmo sistema. O próprio artigo 1º, que declara a finalidade da Lei, observa que se está dispondo “sobre a *prevenção* e a *repressão* às *infrações* contra a ordem econômica”. Consequentemente, a disciplina de um controle preventivo em Título diverso não deve obscurecer a constatação de que o *caput* do artigo 54 também está tratando de infrações contra a ordem econômica. Quando o § 1º estabelece situações que não se enquadram na regra geral do *caput*, está deixando de caracterizá-las como infrações. Não há, assim, como pretender fazer incidir sobre tais casos os incisos I (em parte) ou II do artigo 20, que tratam de hipóteses idênticas àquelas do artigo 54. A implicação prática disso é que a análise das condições referidas no § 1º, que determinam a licitude de certos atos, também deve ser feita em processos administrativos que buscam apurar a existência de infrações contra a ordem econômica. Se a hipótese investigada se enquadra no § 1º, não há que se falar de uma conduta ilícita. A ilicitude referir-se-á apenas a não submissão do ato ao CADE na forma exigida pelo artigo 54. Pela inobservância desse dever o agente econômico ficará sujeito à multa estabelecida no § 5º do artigo citado – a qual não está, porém, sancionando uma infração contra a ordem econômica. Em essência, esta é a *regra da razão* que existe na sistemática da Lei 8.884/94. Embora o artigo 88 da Lei 12.529/11 não tenha reproduzido o mesmo texto do artigo 54 da Lei 8.884/94, com o propósito de tornar mais precisa a delimitação do que deve ser objeto do controle preventivo de concentrações, o raciocínio desenvolvido aqui se aplica também aos correspondentes dispositivos da nova legislação.

¹¹ O que não significa, como se discutirá no próximo tópico, que necessariamente os órgãos de defesa da concorrência terão competência para realizar essa análise em âmbito administrativo.

Não se pretende sugerir, com isso, que esse exercício hermenêutico seja simples. Implica maior complexidade do que a mera aplicação de regras voltadas a dirimir conflitos de normas no tempo. Pode, na prática, conduzir a incertezas e soluções contraditórias, em especial num contexto no qual nem sempre está presente o esforço doutrinário para construir parâmetros mais rigorosos de interpretação de normas com maior grau de abstração. Não é raro verificar o recurso a essas normas sem qualquer preocupação de cunho metodológico e apenas para justificar preferências subjetivas e arbitrárias.¹²

Questão correlata, que necessariamente decorre das situações de possíveis isenções referidas neste tópico, é o tratamento a ser dado ao agente econômico que atua amparado por uma regulação inválida e contrária ao direito concorrencial. Aqui é oportuno distinguir duas situações.

Se houver a clara e efetiva imposição de uma obrigação – ainda que ilegítima – à empresa regulada por parte de uma autoridade pública, a qual não lhe deixa outra alternativa, sob pena de vir a sofrer sanção por agir de forma diversa, não seria lícito pretender lhe imputar o cometimento de uma infração contra a ordem econômica. Quaisquer medidas nesse sentido deveriam ser tomadas diretamente contra a autoridade pública envolvida, inclusive por iniciativa dos outros agentes econômicos prejudicados.

Mas se a regulação não tem esse caráter taxativo, existindo alguma margem de escolha à empresa regulada, a solução não pode ser a mesma. Se ela poderia agir conforme o direito concorrencial e não o fez, invocando uma regulação que não pode ser tida como válida, estará infringindo a ordem econômica. Retoma-se aqui o critério referido no início. Como a regulação não está obstando o exercício do poder econômico e impondo uma conduta como necessária, o agente deve responder pelas opções que fizer no desenvolvimento de sua atividade.

Os parâmetros descritos até aqui encontram ressonância nas decisões do CADE relacionadas ao tema, conforme será discutido em tópicos específicos deste texto. Embora a terminologia empregada varie e com frequência os referenciais de análise sejam definidos a partir do recurso a doutrinas criadas na experiência norte-americana, na essência o que se faz é avaliar até que ponto

¹² Análise crítica relativa às limitações e contradições de parcela expressiva da doutrina brasileira sobre interpretação constitucional é feita em Virgílio Afonso da Silva, “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”, in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2003.

a regulação afasta o exercício do poder econômico ou cria isenções às normas concorrenciais. Paralelamente, discute-se qual seria a extensão da competência do CADE, enquanto autarquia integrante do Poder Executivo Federal, para atuar em tais setores regulados.

Essas questões referentes às relações entre direito concorrencial e regulação começaram a ser discutidas de forma sistemática na experiência brasileira a partir dos anos noventa do último século. Trata-se de período no qual, em decorrência de ampla revisão da relação do Estado com a economia, o direito concorrencial ganhou espaço e importância como mecanismo de controle do poder econômico. Ao mesmo tempo, diversos regimes de regulação setorial foram revistos, alinhando-os ao propósito de geração de ambientes econômicos concorrenciais onde antes existiam monopólios públicos. Surge nesse contexto uma “regulação concorrencial” que também passa a se relacionar com o direito concorrencial. Para concluir a discussão quanto aos critérios gerais de aplicação do direito concorrencial a setores regulados importa discutir os parâmetros dessa última relação.

Direito concorrencial e regulação concorrencial

Desde as últimas décadas do século passado verifica-se, em escala global, uma impressionante transformação de diversos setores da economia. Serviços até então organizados em torno de monopólios fortemente regulados passaram a ser prestados num ambiente econômico concorrencial. A atuação estatal, antes voltada a determinar diretamente as principais variáveis empresariais atinentes a essas atividades (preços, investimentos e qualidade), passou a focar na criação de concorrência com o objetivo último de minimizar o papel reservado ao Estado. A concorrência foi diretamente associada, portanto, ao propósito de desregular essas atividades e eliminar uma atuação estatal vista como ineficiente.¹³

Diante do esgotamento de uma forma de agir do poder público sobre a economia, marcada pela centralização do processo decisório (e, por conseguinte, do processo de coleta e análise das informações necessárias para a tomada das respectivas decisões econômicas), a criação de um ambiente concorrencial foi identificada como alternativa capaz de reorganizar diversos setores em novas bases e atribuir ao agente estatal um novo papel. Ao mesmo tempo, o estímulo à entrada de novos agentes econômicos atrairia recursos privados

¹³ Para uma discussão mais aprofundada sobre o tema, cf. Alexandre Ditzel Faraco, *Regulação e direito concorrencial*, cit., em especial o primeiro capítulo.

necessários para suplantar a incapacidade estatal de investir no contexto de uma prolongada crise fiscal em muitos países em desenvolvimento.

Pretendia-se que um ambiente econômico concorrencial, caracterizado pela descentralização do processo de tomada de decisões econômicas – do núcleo do poder público para os diversos agentes econômicos envolvidos, permitiria a descoberta das melhores soluções para os problemas relativos à fixação dos preços e decisões relativas a ofertas, inovações e investimentos. Por outro lado, a própria existência da concorrência impediria que essas decisões fossem tomadas em detrimento dos usuários e da sociedade em geral.

A tônica desse novo paradigma estaria na promoção da concorrência entre agentes privados e limitação do papel do Estado. Obviamente a concorrência não é processo natural em todo e qualquer mercado.¹⁴ Em geral, é preciso muito mais do que garantir direitos de propriedade e contratos para permitir a emergência de organização concorrencial entre determinados agentes econômicos. Isso é especialmente verdadeiro em setores historicamente baseados num monopólio e que, pelas suas características, oferecem significativas barreiras à entrada de novos concorrentes. Para reorganizá-los não bastaria, portanto, transformar a concorrência em princípio ideal, garantido pela mera revogação do regime legal de monopólio, mas seria preciso também o desenvolvimento concreto de novo tipo de atuação estatal capaz de criar condições propícias ao seu surgimento. Em outras palavras, é preciso uma regulação concorrencial apta a dar conta dessa tarefa.

Chegou-se a imaginar que tal regulação concorrencial poderia ser temporária. Uma vez desenvolvidas condições efetivas de concorrência, a permanência de regulação específica com o objetivo de constranger a ação dos agentes econômicos em vista de objetivos concorrenciais se mostraria desnecessária. A concorrência, por si, garantiria os resultados que antes eram buscados por meio da direta intervenção estatal. Foi cogitada, então, na

¹⁴ Aliás, é questionável que seja em algum mercado. O efetivo funcionamento do mercado depende, pelo menos, de regras que atribuam a titularidade dos bens existentes num sistema econômico a pessoas determinadas (i.e., o direito de propriedade), além de outras que viabilizem a circulação desses bens (i.e., o direito contratual). Isso não significa, por outro lado, que o mercado possa ser visto como mera criação do direito, simples fruto de uma decisão política. Sua existência decorre, em certa medida, de incentivos e características próprias da natureza humana – como a busca do interesse próprio e a preservação da vida – que não teriam como ser simples criações do direito.

doutrina, a possibilidade de esses setores ficarem sujeitos exclusivamente às regras gerais do direito concorrencial.¹⁵

A ideia de que o direito concorrencial tenderia a substituir a regulação setorial específica também refletiu no plano legislativo. No direito alemão, por exemplo, em 1998 a lei concorrencial (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) sofreu uma modificação que, dentre outras disposições, estabeleceu no § 19(4) uma hipótese exemplificativa de abuso de posição dominante voltada especificamente às indústrias organizadas em rede. Na fundamentação do projeto apresentando tal mudança, foi expressamente mencionada a importância de dispositivo genérico dessa natureza para quando a necessidade de regras setoriais específicas, em setores como o das telecomunicações, tiver sido afastada.¹⁶

Todavia, esse desaparecimento da regulação concorrencial está longe de ser algo factível. O que se observa, na verdade, é uma tendência exatamente contrária, pois a regulação necessária para criar um ambiente concorrencial precisa tratar de realidade muito mais complexa do que aquela de setor organizado em torno de monopólio. Se idealmente a geração de concorrência permitiria eliminar diversos controles estatais sobre os agentes econômicos, a realidade tem demonstrado até agora o inverso.¹⁷ O que se verifica não é o desaparecimento da ação estatal, mas a modificação do seu tipo e da sua finalidade.

A passagem de regimes setoriais baseados em monopólios para outros centrados na concorrência muda completamente a perspectiva em relação ao direito concorrencial. Isso não significa, conforme fica claro a partir da expo-

¹⁵ Cf. Ernst-Joachim Mestmäcker e Heike Schweitzer, *Netzettbewerb, Netzzugang und 'Roaming' in Mobilfunk*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 76 e ss.; e Michael Paulweber, *Regulierungszuständigkeiten in der Telekommunikation*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 52.

¹⁶ Cf. Michael Paulweber, *Regulierungszuständigkeiten*, cit., p. 53.

¹⁷ Conforme destaca Tony Prosser, relatório do *Department of Trade and Industry* britânico (*A Fair Deal for Consumers: Modernising the Framework for Utility Regulation*) já em 1998 constatou que as decisões do regulador não se tornam mais fáceis em mercados competitivos, mas tendem a ser mais complexas em função do maior número de interesses que precisam ser considerados – cf. “Theorising utility regulation”, *Modern Law Review*, vol. 62, 1999, p. 198. Para alguns analistas, a complexidade da regulação concorrencial impede que o regulador efetivamente tenha capacidade de alcançar o fim a que se propõe. Ao invés de incentivar a concorrência acabará por prejudicá-la. Cf. Robert Crandall e Jerry Hausman, “Competition in U.S. telecommunications services: effects on the 1996 legislation”, *Deregulation of network industries*, Sam Peltzman e Clifford Winston (ed.), Washington, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2000, p. 88 e ss.

sição feita acima, que antes simplesmente não haveria espaço, ainda que em tese, para a aplicação deste. Não seria inconcebível que a regulação deixasse margem ao exercício do poder econômico no tocante a certos aspectos da atividade, como no já citado exemplo do controle de preços ineficiente.

Todavia, a própria existência de monopólios significava que as relações inerentes a tais setores não ocorriam entre agentes econômicos distintos. Como não havia concorrentes interagindo, havia uma impossibilidade lógica de se verificar a maior parte das situações para as quais se voltam as normas concorrenciais. A partir do momento em que se passa para um ambiente baseado na concorrência, novos tipos de relações econômicas desenvolver-se-ão e tornarão possível a verificação dos conflitos que o direito concorrencial procura disciplinar.

Há, ainda, claro caráter complementar entre o âmbito concorrencial da regulação setorial e o direito concorrencial geral. Isso não deve obscurecer o fato de que a regulação concorrencial, como toda regulação, muitas vezes ocupará um espaço que seria preenchido pelo direito concorrencial. Ao afastar previamente o exercício do poder econômico, determinando o caráter de certas relações, também limitará a possibilidade e a necessidade de discipliná-las através do direito concorrencial.

No caso do acesso às redes de infraestrutura por concorrentes, problema concorrencial típico de diversos setores regulados, o papel que remanesce ao direito concorrencial é contido quando há normas específicas disciplinando o tema e restringindo as possibilidades de manifestação do poder econômico. A experiência brasileira e estrangeira mostra, porém, que a implantação desse tipo de regulação é complexa e muitas vezes ineficaz, o que abre espaço à aplicação complementar do direito concorrencial.

A conclusão geral é que o direito concorrencial adquire maior importância em relação a muitos setores regulados. Ainda que questões centrais relativas ao desenvolvimento da concorrência sejam disciplinadas através de regulação específica, o objetivo desta é organizar o setor com base em relações econômicas que constituem o objeto típico do direito concorrencial.

3. A COMPETÊNCIA DO SBDC EM SETORES REGULADOS

No tópico anterior foram delimitados parâmetros para responder a questão relativa à identificação do campo de aplicação do direito concorrencial em setores regulados. Mas além desse aspecto material, a temática remete a questão institucional que, por vezes, é confundida com a primeira. Implica

saber se o SBDC¹⁸ pode atuar no âmbito administrativo em relação a determinados setores da economia – o que não é equivalente a indagar se o direito concorrencial encontra espaço em tais âmbitos.

A aplicação das normas gerais de concorrência, na esfera administrativa, pode ser cometida a órgão diferente daquele que tem como propósito institucional a defesa da concorrência.¹⁹ Uma agência reguladora setorial poderia ter dentre as suas competências aquelas referentes ao direito concorrencial. Em tal hipótese, mesmo que se admitisse um campo de aplicação para este, a competência para tanto em sede administrativa não recairia sobre o órgão antitruste.

Os diplomas legais que atualmente organizam no país a regulação de diversos setores afirmaram a concorrência como princípio, ao mesmo tempo em que criaram órgãos específicos de regulação setorial. Isso se verifica em relação às telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 – artigos 5º e 7º), aos transportes aquaviários e terrestres (Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001 – artigos 5º, III, 12, VII, 20, II, 24, IV, 27, IV, 43, II, 45, 83), ao transporte aéreo (Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005 – artigo 6º), à geração, transmissão e distribuição de energia elétrica (Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996 – artigo 3º, VIII e IX) e à prospecção, extração, transporte e refino de petróleo e gás (Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 – artigos 1º, IX, 61, 69 e 70).

As leis citadas, além de outras como a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, abrangeram a criação de novas “agências reguladoras”, enfatizando, por meio da instituição de uma autarquia com denominação inédita e regime jurídico “especial”, a mudança pretendida a partir dos anos 90 na forma de

¹⁸ Denomina-se SBDC o conjunto dos três órgãos encarregados da aplicação do direito concorrencial no Brasil. Além do CADE, compreende a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae) e a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE). A SDE investiga condutas anticoncorrenciais e emite pareceres não vinculativos sobre o controle preventivo das estruturas. A Seae também emite pareceres não vinculativos nos processos administrativos disciplinados na Lei 8.884/94. O CADE, que tem natureza autárquica, atua como um tribunal administrativo e decide, em caráter definitivo na esfera administrativa, os processos previstos na Lei 8.884/94. Com a Lei 12.529/11, a SDE deixa de ter competência em matéria concorrencial, a qual passará a ser concentrada no próprio CADE. A competência da Seae também foi alterada e o seu foco será a promoção da concorrência e não a atuação nos processos administrativos.

¹⁹ Cf. Bolívar Moura Rocha, “Regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência: proposta de articulação”, cit., pp. 85 e ss.

atuação estatal sobre a economia.²⁰ Em regra não afastaram a competência do SBDC sobre esses setores no tocante às normas gerais de concorrência. No Brasil, se evitou a cumulação da competência de regulação setorial com a competência antitruste. Mas, por outro lado, em alguma medida as agências também acabaram por receber de forma concorrente competência legal em matéria concorrencial.

As normas setoriais reconheceram a aplicação do direito concorrencial a esses setores e reafirmaram expressamente as competências do CADE nos termos da Lei nº 8.884/94. Em relação à SDE, a referência expressa também em geral foi feita.²¹ Isso não excluiu, porém, a possibilidade de essas agências atuarem de forma concomitante à SDE na identificação de eventuais práticas anticoncorrenciais, tendo em vista as competências gerais que detêm para monitoramento e acompanhamento dos respectivos setores.²² O que não poderão fazer é instaurar os processos previstos na Lei nº 8.884/94 e aplicar as respectivas sanções.

Situação diversa e específica é encontrada no setor de telecomunicações. A Lei nº 9.472/97 atribuiu à ANATEL a possibilidade de exercer a integridade das competências da SDE, o que incluiria investigar e instaurar pro-

²⁰ A Lei 9.961/00 trata da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

²¹ Cf. artigo 3º, IX e parágrafo único, da Lei 9.427/96, artigo 10 da Lei 9.478/98, artigo 31 da Lei 10.233/01 e artigo 6º da Lei 11.182/05. A Lei 9.961/00 não trata expressamente do assunto, mas reconhece a competência do SBDC ao ressaltar que a competência da ANS para *autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário*, não se dá em prejuízo do disposto na Lei 8.884/94.

²² A Lei 9.427/96, com a redação dada pela Lei 9.648/98, em relação à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, tratou disso de forma expressa, ao incluir dentre as competências da agência aquela para *zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica* (artigo 3º, IX). Há aqui uma sobreposição clara com a competência da SDE, motivo pelo qual o parágrafo único do mesmo artigo mencionou a necessidade de a ANEEL estabelecer articulação com a SDE nesse sentido. Quando no artigo 10 da Lei 9.478/98, no artigo 31 da Lei 10.233/01 e no artigo 6º da Lei 11.182/05 se menciona que as agências, ao tomarem conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração contra a ordem econômica, deverão comunicá-lo aos órgãos do SBDC, não apenas se afirma a competência destes, mas se reconhece àquelas um papel de monitoramento de eventuais infrações em seus mercados de atuação.

cedimentos administrativos sob a Lei nº 8.884/94.²³ Essa previsão não teve o condão, na prática, de afastar a atuação da SDE do setor de telecomunicações. A SDE sempre se posicionou no sentido de que pode iniciar investigações no setor, sob o argumento de que a Lei nº 9.472/97, ao atribuir competência na matéria à agência, não teria expressamente excluído a possibilidade de atuação da SDE, devendo-se admitir a existência de competências concorrentes.²⁴

Outro âmbito possível de atuação concorrente diz respeito ao controle de atos que possam levar à formação de estruturas de poder econômico, o que os órgãos do SBDC fazem sob o artigo 54, da Lei nº 8.884/94.²⁵ As leis setoriais costumam trazer a previsão de obrigatoriedade de submissão ao órgão regulador de operações que envolvam a transferência do controle sobre determinada concessionária ou autorizada a executar o serviço regulado, além de outros movimentos societários como fusões, incorporações e cisões.²⁶ Comumente essas operações também serão abrangidas pelo artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

²³ O artigo 19, XIX, da Lei nº 9.472/97 estabelece que cabe à agência exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao CADE.

²⁴ Nos termos da Lei nº 8.884/94 não cabe ao CADE investigar condutas. Assim, não obstante a preservação de sua competência pela Lei nº 9.472/97, o não exercício pela ANATEL de suas competências em matéria concorrencial praticamente inviabilizaria a punição de infrações à ordem econômica no setor de telecomunicações e esvaziaria a ressalva feita no artigo 19, XIX, da Lei 9.472/97, à competência do CADE. Prevalendo o entendimento adotado pela SDE a competência concorrente evitaria esse risco. Sobre a posição da SDE, cf. por exemplo o parecer emitido no Processo Administrativo 08012.008501/2007-91 (Representantes: Global Village Telecom Ltda., Intelig Telecomunicações Ltda., Transit do Brasil Ltda. e Easytone Telecomunicações Ltda.; Representadas: Americel S.A., Claro S.A., Tim Brasil Serviços e Participações S.A., TNL PCS S.A. e Vivo S.A.). O CADE também já se manifestou sobre o tema na mesma linha (cf. Ato de Concentração 08012.006253/99-46). Com a Lei 12.529/11 e a transferência ao CADE das competências da SDE em matéria de concorrência, a ANATEL deixará de ter competência para instaurar os procedimentos relacionados a condutas anticoncorrenciais. Sua competência em matéria concorrencial se reduzirá àquela das outras agências – i.e., monitorar e acompanhar as práticas de mercado no respectivo setor e solicitar a instauração de inquérito ou processo administrativo à Superintendência-Geral do CADE.

²⁵ Artigo 88 da Lei nº 12.529/11.

²⁶ Cf. por exemplo o artigo 97 da Lei 9.472/97.

Essas competências aparentemente concorrentes, que surgem em relação a um mesmo ato, não implicam necessário fracionamento ou compartilhamento da competência em matéria de direito concorrencial. Também não implicam transferência implícita da competência do CADE ao órgão regulador. São, em princípio, controles voltados a finalidades diversas. A atuação do órgão regulador buscará verificar se o novo controlador de uma concessão ou autorização preenche os requisitos legais exigidos de quem opera no setor, se terá condições de cumprir com eventuais metas, garantias e exigências de investimento, se não prejudicará a estabilidade na oferta dos serviços ou gerará riscos ao funcionamento regular de dado mercado.

Trata-se de análise que enfoca a compatibilidade da operação com restrições e exigências da regulação setorial, as quais não se confundem necessariamente com aquelas decorrentes do direito concorrencial. Assim, as partes da operação deverão não apenas submetê-la à aprovação do órgão regulador, nos termos da legislação setorial, mas também ao SBDC nos termos do que dispõe o artigo 54 da Lei nº 8.884/94.²⁷

É possível, porém, que essa análise da agência abranja também a perspectiva concorrencial. A concorrência é princípio setorial que se reflete em aspectos da regulação, os quais podem afetar a análise da operação pela agência. Há casos em que a própria lei setorial atribui à agência a possibilidade de considerar os aspectos concorrenciais no controle de atos dessa natureza.²⁸ Quando a agência atua com esse foco e veta determinada operação a análise do SBDC ficará sem objeto. Mas conflitos podem ocorrer quando a análise setorial pretender incluir o aspecto concorrencial e aprovar operação que venha posteriormente a ser questionada no âmbito do SBDC.

²⁷ Questão interessante é saber o momento de apresentação do ato ao SBDC no regime da Lei nº 8.884/94. Como a não aprovação pela agência torna sem objeto a análise do SBDC, poder-se-ia argumentar que a apresentação deveria ocorrer apenas após a autorização do órgão regulador. O CADE tem adotado posição contrária e multado empresas por intempestividade na apresentação. Cf. por exemplo o Ato de Concentração 08012.012276/2010-93. A Súmula 8 do CADE, embora não restrita a essas hipóteses, indica a mesma posição (*Para fins da contagem do prazo de que trata o § 4º do artigo 54 da Lei 8.884/94, considera-se realizado o ato de concentração na data da celebração do negócio jurídico e não da implementação de condição suspensiva*).

²⁸ O artigo 71 da Lei 9.472/97 estabelece que com o objetivo de *propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, a Agência poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações*. Regra semelhante consta do artigo 3º, VIII, da Lei nº 9.427/96.

Nos setores referidos acima, em razão de claramente existir competência do SBDC, a análise da agência não poderia se sobrepor e vincular aquela a ser realizada pelos órgãos antitruste. Extensa controvérsia se desenvolveu, porém, em relação ao sistema financeiro cuja legislação é pretérita à Lei nº 8.884/94. O Banco Central do Brasil entendeu que a competência para apreciar atos de concentração e disciplinar a concorrência nesse setor é exclusivamente sua. A razão para tanto é o fato de a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, estabelecer que compete ao Banco Central conceder autorizações às instituições financeiras para que elas possam ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas – artigo 10, X, ‘c’ –, além de regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos – artigo 18, § 2º. Esses dispositivos estariam inseridos em lei recepcionada como complementar pela Constituição de 1988 e de caráter especial, a qual se sobreporia à Lei nº 8.884/94, de caráter ordinário e geral.²⁹

Assim, as operações de concentração empresarial nesse setor e mesmo a prática de outras condutas contrárias à concorrência seriam apreciadas pela referida autarquia, levando em consideração as particularidades inerentes ao sistema financeiro, sem qualquer compartilhamento de competência com os órgãos do SBDC. O CADE assumiu posição em sentido contrário, afirmando que a competência geral que lhe atribuiu a Lei nº 8.884/94 não seria excepcionada para o sistema financeiro. Manteve essa posição mesmo diante de parecer contrário da Advocacia Geral da União (AGU), o qual procurou dirimir a controvérsia afirmando a competência do Banco Central. Esse parecer foi aprovado pelo Presidente da República e tornou-se, portanto, vinculante para toda a administração pública federal.³⁰

²⁹ O tema foi objeto de ampla discussão doutrinária, como indicam os vários artigos publicados na coletânea organizada por Celso Fernandes Campilongo, Jean Paul Cabral Veiga da Rocha e Paulo Todescan Lessa Mattos, *Concorrência e regulação no sistema financeiro*, São Paulo, Max Limonad, 2002.

³⁰ Trata-se do Parecer AGU/LA 01/2001, aprovado pelo Presidente da República em 05.04.2001. Nos termos do artigo 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/93, 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. O CADE, todavia, continuou a atuar em relação ao sistema financeiro mesmo após a aprovação e publicação do parecer, como se constata no Ato de Concentração 08012.006762/2000-09 (Requerentes: Banco Fina de Investimento S/A, Brasmetal Indústria S/A e Zurich Participações e Representações), cujo julgamento foi concluído em 28 de novembro de 2001. No seu voto o Conselheiro Celso Fernandes Campilongo argumentou que o artigo 40, § 1º, da

A controvérsia foi apreciada pelo Judiciário em mandado de segurança impetrado pelo Banco de Crédito Nacional e pelo Bradesco contra determinação do CADE de que fosse apresentada, nos termos do artigo 54, da Lei nº 8.884/94, a operação pela qual o segundo banco adquiriu o controle do primeiro. Em 2010, em decisão por maioria, o Superior Tribunal de Justiça afirmou o entendimento segundo o qual a competência para apreciar os aspectos concorrenciais dessas operações seria do Banco Central.³¹

Poder-se-ia questionar se a melhor solução não seria de fato atribuir às autoridades setoriais a competência para aplicação do direito concorrencial. A atuação concomitante de órgão regulador e órgão antitruste no mesmo setor tende a gerar conflitos institucionais, excesso de controles, insegurança jurídica e atuações públicas redundantes. Por outro lado, o que pode ser uma fonte de ineficiência institucional pode também garantir maior efetividade ao direito concorrencial.

A existência de uma agência antitruste com competência própria, que alcança inclusive os setores regulados para os quais existem agências específicas, traz a potencial vantagem de uma atuação complementar à do órgão setorial que pode suprir eventuais ineficiências da regulação. Isso é especialmente relevante ao se levar em conta que a agência reguladora, não obstante tenha sua atuação circunscrita a um setor da economia, tem de promover outros objetivos que não necessariamente se relacionam com o tema da concorrência.

Enquanto para o órgão antitruste a promoção da concorrência é o seu fim institucional, para o órgão regulador será mais um dentre outros fins. A garantia da continuidade da oferta de serviços essenciais pode compreensivelmente se tornar o principal foco do regulador, que passa a aceitar comportamentos lesivos à concorrência como um mal menor em relação ao objetivo de garantir previsibilidade e estabilidade na prestação dos serviços. Com isso

Lei nº 73/93, deve receber interpretação restritiva, *de maneira a abranger somente a administração direta e aqueles entes da administração indireta que possuem autonomia limitada por decorrência de previsões específicas de suas correspondentes leis de criação*. Em 2005 também foi assinado um convênio de cooperação técnica entre o CADE e o Banco Central. Embora o documento não trate da alocação de competências entre os órgãos, criou um canal institucional de diálogo entre as duas autarquias, o que tende a minimizar o conflito existente. A íntegra do documento está disponível no sítio do CADE na internet (<www.cade.gov.br>), último acesso em 11.01.2011.

³¹ Recurso Especial 1094218-DF, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, julgamento final em 25.08.2010.

a atuação da agência reguladora em matéria concorrencial se tornaria mais leniente do que a do órgão antitruste.

A atual distribuição de competência em relação à matéria no setor de telecomunicações oferece uma oportunidade de testar essa hipótese. É possível identificar casos em que a posição da ANATEL em relação aos efeitos de uma concentração foi menos rigorosa do que a do CADE. A compra da Way TV pela Telemar/Oi, por exemplo, foi aprovada pelo CADE condicionada à assinatura de um compromisso de desempenho.³² A análise prévia feita pela ANATEL, porém, não havia identificado nenhum problema na elevação da concentração que seria verificada no mercado de acesso em banda larga à internet – e havia sugerido a aprovação da operação sem qualquer restrição. A atuação da SDE no setor, comentada acima, também indica a existência de perspectivas divergentes em relação aos prejuízos que certas condutas oferecem à concorrência.³³

Competência do CADE e regulação que conflita com o direito concorrencial

Questão complexa é saber se a competência do CADE para aplicar o direito concorrencial em setores regulados incluiria a possibilidade de análise da validade de regulação que conflite com a norma concorrencial. Na parte anterior deste texto foi visto que isenções reguladoras às normas concorrenciais podem não ser válidas. Mas disso não decorre necessariamente que caberia ao CADE, em âmbito administrativo, decidir sobre esse ponto. Não admitir essa extensão à competência do CADE implica remeter a solução de eventual conflito entre regulação e direito concorrencial ao âmbito judicial.

A objeção mais direta ao reconhecimento de tal competência é a ausência de relação hierárquica entre as agências e o CADE, todos entes independentes de natureza autárquica. Não poderia o CADE, portanto, pretender rever decisão da agência. A esse argumento poderia ser contraposto o artigo 7º, X, da Lei nº 8.884/94, o qual inclui dentre as competências do órgão a de *requeritar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados,*

³² Ato de Concentração 53500.022515/2006 (Requerentes: TNL Participações S/A e Way TV Belo Horizonte S/A), julgado em 04.06.2008.

³³ Não se pretende, nos limites deste texto, identificar padrões recorrentes ou fazer uma avaliação da aplicação do direito concorrencial no setor de telecomunicações, mas apenas destacar situações nas quais a posição do regulador foi distinta da agência antitruste.

*Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento da Lei.*³⁴

Mas essa não é uma solução adequada. Para analisar a validade de uma isenção reguladora o CADE precisaria levar em conta os fins a serem realizados pela regulação setorial. Precisaria, a partir disso, fazer um juízo de adequação da isenção questionada para realizar o fim visado, assim como avaliar a proporcionalidade entre a restrição à concorrência e a realização desse fim. Deveria, portanto, fazer em sede administrativa o que é inerente ao âmbito legal de atuação do órgão regulador. Para tanto o CADE não possui competência e admitir o contrário, com base no dispositivo legal citado, seria tornar inócua a competência do órgão regulador.

Nas decisões do CADE que enfrentam essa temática não há afirmação peremptória de que o órgão teria competência para fazer a revisão da regulação setorial. Há casos nos quais a decisão nota a incongruência entre regulação e concorrência, mas o CADE limita-se a fazer recomendações ao órgão regulador. Em outros se desenvolve o argumento de que não haveria conflito propriamente dito e que se estaria apenas considerando a ação do agente privado dentro da margem de atuação que lhe seria facultada pela regulação. Há, ainda, no controle de atos de concentração a discussão quanto à imposição às partes, como condição para aprovação da operação, de providências diversas daquelas autorizadas ou previstas na regulação. Esses casos serão objeto de análise nos capítulos subsequentes.

Articulação entre SBDC e agências

A atuação de órgãos antitruste em paralelo àquela de órgãos reguladores setoriais exige a discussão de formas de organizar a interação entre uns e outros, com o propósito de limitar conflitos institucionais. No sistema brasileiro há espaço para conflitos, os quais podem surgir não apenas em função de hipotética contraposição da ação reguladora com o direito concorrencial, mas também da divergência quanto a quem teria competência para aplicar o direito concorrencial.

Além do propósito de prevenir atuações contrapostas, a interação entre esses órgãos públicos é necessária para evitar redundâncias ineficientes e permitir a troca de informações. Dentre as razões para se defender a concentração no órgão regulador setorial da competência para aplicar as normas concorrenciais estão a maior previsibilidade para o agente econômico – que

³⁴ Artigo 9º, VIII, da Lei nº 12.529/11.

não ficaria sujeito a ter de tratar com dois órgãos distintos – e também o fato de que será a autoridade setorial que comumente deterá o conhecimento específico necessário à compreensão das relações de concorrência no setor. Essas relações em alguns setores são tão complexas que é difícil imaginar a aplicação do direito concorrencial sem o acesso a informações e apoio técnico que podem não estar disponíveis às autoridades concorrenciais.

Há exemplos de articulação entre regulador e órgãos antitruste no Brasil que procuram enfrentar essas questões. O mais recente é o convênio de 2010 dos órgãos do SBDC com a ANEEL. Esse documento reconhece a competência plena do SBDC sobre o setor elétrico, mas prevê o envolvimento da ANEEL nos respectivos processos administrativos. Sem pretender reduzir competências dos órgãos de concorrência, abre-se espaço para atuação do órgão regulador, que pode se manifestar nos processos, fornecer informações que julgar relevante e solicitar a abertura de investigações pela SDE.³⁵

Acordos semelhantes foram assinados em 2009 com a ANAC e a ANS. Há ainda um acordo com a ANTAQ, datado de 2008, e um convênio com o Banco Central. Os dois últimos, porém, apenas preveem cooperação técnica e troca de informações. Não tratam expressamente de procedimentos relacionados à aplicação das normas gerais de concorrência.

4. A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DE CONTROLE DE CONDUTAS EM SETORES REGULADOS

A ideia de que o direito concorrencial deve ser aplicado quando a regulação setorial não afasta a possibilidade de exercício do poder econômico aparece em diversos casos analisados pelo CADE nos anos que se seguiram à edição da Lei nº 8.884/94. Nessas decisões a temática foi discutida detalhadamente com o propósito de afirmar a competência do CADE em relação a tais setores.

Confrontado com a alegação de ausência de competência nas defesas das partes investigadas e com incertezas no âmbito do próprio SBDC quanto à extensão de sua competência, em tais decisões o CADE procurou afirmar

³⁵ Cf. “Termo de Compromisso entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), para atuação conjunta com vistas à prevenção e à repressão de infrações contra a ordem econômica no setor elétrico”. A íntegra desse acordo está disponível no sítio do CADE na internet (www.cade.gov.br), último acesso em 11.01.2011.

sua possibilidade de atuação mesmo em setores sujeitos à regulação típica do regime de serviço público. Ainda que em muitos casos isso não tenha implicado aplicação efetiva da norma concorrencial, sinalizou-se uma mudança de orientação em relação a decisões passadas que negavam essa competência.³⁶ Assim, diversos casos referentes a condutas em setores regulados são antes precedentes preocupados em delinear a competência do CADE do que exemplos de aplicação de sanções aos respectivos agentes econômicos.

O caso BHTRANS ilustra esse contexto e é uma das primeiras decisões que procurou sistematizar critérios para a aplicação do direito concorrencial em setores regulados.³⁷ Discutiui a imputação de formação de cartel e imposição de preços abusivos no serviço de transporte coletivo urbano prestado na Região Metropolitana de Belo Horizonte. Remetendo à *State Action Doctrine* desenvolvida na jurisprudência dos Estados Unidos, a decisão afirmou que a regulação estatal só afastaria a aplicação do direito concorrencial pelo órgão competente quando houvesse *política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação*, acompanhada de *supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação*.

O voto do Relator enfatizou, ainda, que mesmo existindo um regime regulatório instituído e aplicado, seria possível cogitar de infrações à concorrência em relação às *condutas não reguladas*, ou *quando o arcabouço regulatório dá às empresas uma margem de opção quanto à sua atuação*, ou *quando uma empresa regulada aja de forma contrária à regulação, violando não apenas esta como também o direito da concorrência*. No caso concreto, porém, o CADE entendeu que não haveria como imputar às representadas violação à ordem

³⁶ Cf. Processo Administrativo 20/92 (Representante: Deputada Estadual – SP Célia Camargo Leão Edelmuth; Representados: Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas, e o Prefeito do Município de Campinas, Sr. Jacó Bittar; Relator: Marcelo Monteiro Soares; julgado em 24 de agosto de 1994). O caso trata de aumentos de tarifas do transporte coletivo urbano prestado em regime de serviço público. O voto do Relator, acompanhado pelos demais Conselheiros, expressamente consigna que não competiria ao CADE analisar tais atos, pois não poderiam configurar abuso do poder econômico disciplinado na legislação antitruste. A Conselheira Neide Teresinha Malard, ao acompanhar esse entendimento, manifestou a impossibilidade de se aplicar as normas concorrenciais à atividade desenvolvida sob contrato administrativo de delegação de serviço público.

³⁷ Cf. Processo Administrativo 08000.002605/97-52 (Representante: Associação Mineira dos Usuários de Transportes de Passageiros e Carga – AMUT P&C; Representada: BHTRANS – Empresa de Transportes e Trânsito da Região Metropolitana de Belo Horizonte e outros; Relator: Conselheiro Marcelo Calliari).

econômica, pois existia regulação instituída e aplicada, sendo que as práticas objeto de regulação foram *realizadas na obediência estrita da regulamentação [...] emanada [...] de órgãos competentes*.

O caso BHTRANS foi claramente o guia de outra decisão que voltou a discutir essa temática, na qual foram em parte reproduzidos os mesmos fundamentos, estrutura de argumentação e precedentes para justificar a competência do CADE em setor regulado. Trata-se da imputação à Riogás S/A e à Companhia Estadual de Gás do Rio de Janeiro (CEG) da prática de preços abusivos. No seu voto, o Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco fez detalhada análise da estrutura tarifária aplicada pelo órgão regulador dos serviços de distribuição de gás canalizado no Rio de Janeiro. Embora tenha afirmado em tese a possibilidade de atuação do CADE, entendeu que no caso concreto havia uma política regulatória válida e que trazia um controle tarifário que apresentava racionalidade econômica.³⁸

Em ambos os casos a existência de políticas regulatórias tratando das tarifas, somada à ausência de evidência de que as autoridades setoriais não teriam condições de desempenhar adequadamente suas funções, foram determinantes para o afastamento da caracterização dos ilícitos concorrenciais imputados. O reconhecimento da competência do CADE no segundo caso inclusive levou o relator a fazer detalhada análise dos critérios e parâmetros de fixação de tarifa com o propósito de verificar a eficácia e adequação da ação reguladora.

Em um conjunto de casos posteriores, referentes ao setor de telecomunicações, o CADE voltou a analisar em detalhe o controle tarifário para poder avaliar se havia, ou não, ilícito concorrencial. Os processos têm origem no questionamento, por parte de operadoras do serviço de telefonia de longa distância, do caráter excessivo das tarifas de interconexão cobradas pelas operadoras locais. A atuação da ANATEL se verificava apenas no sentido de fixar valores máximos, admitindo-se a negociação entre as partes de valores menores.

A decisão baseou-se em extensa discussão sobre a possibilidade de o CADE agir, mencionando que sua atuação só poderia ser afastada *quando o órgão regulador esgotasse totalmente o controle concorrencial das condutas dos*

³⁸ Processo Administrativo 08012.006207/98-48 (Representantes: Valesul Alumínio S/A, PROSINT – Produtos Sintéticos S/A, CSN – Companhia Siderúrgica Nacional e Companhia Nacional de Álcalis; Representadas: Riogás S/A e Companhia Estadual de Gás do Rio de Janeiro – CEG; julgado em 31.01.2001).

administrados. Como a regulação setorial apenas fixava um valor máximo, evidenciava-se a plausibilidade de práticas abusivas a partir da esfera de liberdade que remanesce às operadoras. Mas no mérito o CADE entendeu que não teria havido efetiva comprovação dessas práticas.³⁹

Todos os precedentes citados recusam a possibilidade de se basear a defesa quanto à imputação de ilícitos concorrenciais relacionados a preços e tarifas apenas na existência de controle pelo órgão regulador. O CADE efetivamente tende a analisar os critérios e parâmetros de fixação de tarifas ou preços, verificar se evidenciam uma atuação reguladora efetiva e racional e se não deixam margem à atuação dos agentes econômicos.

Esse padrão de análise aparecerá em outros casos, inclusive resultando na imposição de sanções. Na decisão referente à imputação de condutas uniformes na fixação de tarifas por companhias aéreas o CADE recusou o argumento de que o ilícito concorrencial não seria possível diante da existência de controle tarifário. Observou que esse controle fixava apenas tetos tarifários e que mudanças concomitantes em políticas de desconto dentro desse teto poderiam caracterizar condutas ilícitas. Nessa decisão o CADE entendeu, em julgamento por maioria, que o ilícito teria se verificado e impôs multa às representadas.⁴⁰

Os precedentes comentados acima discutem a aplicação do direito concorrencial a setores regulados, mas nos âmbitos em que a regulação deixaria margem de atuação aos agentes econômicos. Não envolvem situações de maior complexidade, nas quais pudesse haver um conflito efetivo pelo fato de a regulação setorial isentar ou autorizar expressamente comportamentos incompatíveis com o direito concorrencial.

³⁹ Processo Administrativo 53500.001821/2002 (Representantes: Embratel – Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A e Intelig Telecomunicações Ltda.; Representada: Telesp – Telecomunicações de São Paulo S/A); Processo Administrativo 53500.001823/2002 (Representantes: Embratel – Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A e Intelig Telecomunicações Ltda.; Representada: Telemar Norte/Leste S/A); Processo Administrativo 53500.001824/2002 (Representantes: Embratel – Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A e Intelig Telecomunicações Ltda.; Representada: Brasil Telecom Participações S/A). O relator em todos os casos foi o Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer e o julgamento ocorreu em 14.09.2005.

⁴⁰ Processo Administrativo 08012.000677/1999-70 (Representante: SDE *ex officio*; Representados: Viação Aérea Rio-Grandense – VARIG S/A e outros; Relator: Thompson Andrade, julgado em 15.09.2004).

Caso representativo no qual essa discussão se fez presente é o da THC2. Ilustra problema típico de setores regulados, nos quais a prestação de um serviço comumente depende do acesso a infraestrutura ou serviços de concorrente. Um concorrente ou determinado grupo de concorrentes detém o controle de mercado verticalmente relacionado e se vale de tal posição para excluir os concorrentes que não têm condições de atuar nos dois mercados. Normalmente a limitação do número de empresas viáveis nesse segundo mercado está relacionada à presença de características próprias de monopólios naturais.

Esse cenário pode dar origem a condutas abusivas como o *price squeeze*, quando a empresa verticalmente integrada e que controla o acesso à infraestrutura ou ao serviço cobra preço superior ao seu custo marginal efetivo. Trata-se de prática de preço excessivo que pode resultar na exclusão de concorrente no outro mercado. Os exemplos já discutidos acima pertinentes ao setor de telecomunicações ilustram esse problema.⁴¹

No caso THC2 o CADE identificou a existência de infração à ordem econômica não obstante a existência de atuação do regulador em relação à conduta sancionada.⁴² As empresas investigadas eram todas operadoras de terminais portuários no Porto de Santos, responsáveis pela oferta de serviços de movimentação e armazenagem de contêineres. A armazenagem desses contêineres em recintos alfandegados, antes do embarque ou após o desembarque, é serviço ofertado também por outras empresas localizadas fora da área portuária. Apenas as primeiras têm acesso e operam os berços no cais do porto, movimentando a carga entre os navios e as docas e as áreas de armazenagem.

Quando os contêineres tinham como destino áreas de armazenagem das empresas que não eram operadoras portuárias, cobrava-se uma Taxa de Segregação e Entrega de Contêineres (THC2). A decisão entendeu que a cobrança era abusiva e não remuneraria propriamente nenhum serviço adicional executado pelas operadoras dos terminais portuários. Não há nos votos dos Conselheiros uma análise detalhada da estrutura de custo dos serviços con-

⁴¹ Os parâmetros para identificar a ilicitude de práticas dessa natureza costumam ser sistematizados em referência à chamada doutrina das *essential facilities* – cf. Calixto Salomão Filho, *Regulação da atividade econômica – princípios e fundamentos jurídicos*, 2 ed., Malheiros, São Paulo, 2008, p. 66 e ss.

⁴² Processo Administrativo 08012.007443/99-17 (Representante: SDE *ex officio*; Representadas: Terminal para Contêineres da Margem Direita – TECONDI, Santos Libra Terminais S/A – TERMINAL 37, Usiminas Rio Cubatão Logística Portuária Ltda. e Santos Brasil – TECON; julgado em 31.08.2005).

siderados. Baseiam-se substancialmente em nota informativa preparada pela área técnica da ANTAQ, a qual concluiu pelo caráter indevido da cobrança. Afirmam ainda que os aspectos estruturais dos mercados permitiriam a adoção de preços abusivos pelas operadoras e que estas não teriam demonstrado a adequação entre seus custos e os preços cobrados.

Não obstante a posição de sua área técnica, a Diretoria da ANTAQ entendeu em deliberação por maioria que a THC2 poderia ser cobrada. Aqui se evidencia o conflito entre a decisão do órgão regulador e a decisão do CADE. No voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado tentou-se mitigar a existência desse conflito ao se observar que a decisão da ANTAQ não deveria ser vista propriamente como uma regulação de preços, mas que apenas indicava que não teriam sido encontrados indícios de infração contra a ordem econômica na cobrança.

O Conselheiro Cueva observou que o CADE não teria competência para rever dispositivos emanados do órgão regulador.⁴³ Afirmou, ainda, que não haveria conflito de competência entre CADE e ANTAQ, mas uma relação de complementaridade. Acrescentou, porém, que seria irrelevante para a análise o que dispõe a regulação setorial, cabendo ao CADE considerar condutas concretas sob a ótica concorrencial – raciocínio que não oferece efetivo critério para solucionar eventuais conflitos entre regulação e concorrência. Após analisar os diferentes posicionamentos no processo conduzido pela ANTAQ, concluiu que se estaria diante de um “vácuo regulatório”. A decisão da ANTAQ foi tratada como uma opção por não regular a atividade, o que

⁴³ Em decisão anterior, no caso Direct TV, o CADE já havia discutido sua competência no tocante à interpretação de normas reguladoras setoriais. No voto vencido do Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca havia uma proposta de interpretação de normas do setor de telecomunicações que destoava do entendimento adotado pela ANATEL. Essa posição foi recusada pela maioria. No voto do Conselheiro Celso Campilongo observou-se corretamente que o CADE não poderia pretender interpretar em abstrato normas reguladoras: *se é certo que o CADE não pode, com base em eventual hermenêutica laborada a partir da legislação de telecomunicações ou da “Lei do Cabo”, resolver pendência entre Globo e Directtv, igualmente correto é que a Lei 8.884/94, desde que preenchidas as condições exclusivamente nela previstas, atribui ao CADE plenas competências para enfrentar e resolver a questão de uma perspectiva exclusivamente concorrencial.* Em linha com o que foi feito no caso da THC2, afirmou-se que caberia ao CADE apenas avaliar a compatibilidade de condutas concretas frente à Lei 8.884/94. Cf. Processo Administrativo 53500.000359/1999 (Representante: ANATEL *ex officio*; Representada: TV Globo Ltda. e TV Globo São Paulo Ltda., julgado em 20.06.2001).

teria dado margem à atuação do CADE. A fundamentação dos votos dos Conselheiros reflete um esforço no sentido de evitar a caracterização de efetivo conflito entre a atuação do CADE e aquela do órgão regulador, o que poderia resultar no questionamento de sua competência para sancionar a cobrança da THC2.

Em caso antecedente, onde a temática da isenção às normas concorrenciais em virtude de regra regulatória fora discutida, não houve como negar a existência de conflito entre regulação e concorrência. O processo diz respeito à associação de agências de viagens (ABAV), que foi acusada de estimular a adoção de comportamento uniforme por parte de suas afiliadas, no que concerne à não concessão de descontos em licitações feitas por órgãos públicos. A defesa alegou que isso era decorrência de norma prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986), cujo artigo 302 vedaria a concessão de descontos aos adquirentes de bilhetes de passagem ou frete aéreo. Alegou-se, ainda, que o órgão regulador do setor, então o Departamento de Aviação Civil (DAC), interpretava o dispositivo legal como vedando descontos inclusive no tocante a comissões das agências de viagens. De fato, o órgão havia multado agências que deixaram de seguir essa orientação.

O Conselheiro Fernando Marques entendeu ser incabível a condenação. Não seria possível exigir do particular uma determinada ação que pudesse conduzir à aplicação de sanção por parte de um órgão público. Essa orientação foi vencida no plenário, que seguiu o voto do Conselheiro Pfeiffer, o qual constatou que o DAC inicialmente adotava posição diversa, entendendo que o dispositivo legal não se aplicava aos descontos sobre comissões das agências. Já neste período a ABAV teria adotado a postura de indicar a seus associados que não fornecessem tais descontos. O CADE ainda foi além, pois afirmou que a ação do DAC no sentido de vedar descontos por parte das agências de viagens produziria efeitos contrários à concorrência. Com fundamento no artigo 7º, X, da Lei nº 8.884/94, entendeu que poderia requisitar ao órgão a adequação dessa ação regulatória, embora isso não tenha sido feito de forma categórica.⁴⁴

⁴⁴ O que fica evidenciado no trecho final do voto do Conselheiro Roberto Pfeiffer: “Ainda, determino a remessa de cópia do presente expediente ao Departamento de Aviação Civil (DAC), ao Tribunal de Contas da União (TCU) e ao Congresso Nacional, para ciência e eventuais providências no sentido de adequar, em seus respectivos âmbitos de atuação, a legislação existente à norma de proteção e defesa da concorrência, no que concerne à matéria versada nos presentes autos”. Processo Administrativo 08000.007754/1995-28; Representante: Deputado Augusto Carvalho; Representados: Associação Brasileira de Agências de Viagem do Distrito

Situações envolvendo conflitos efetivos são de solução mais complexa do que aquelas onde a conduta abusiva ocorre à margem da regulação e a afirmação da competência do CADE é inequívoca. Quando se discutem isenções reguladoras não há a mesma clareza quanto à extensão da competência do CADE e as decisões não formulam critérios objetivos a partir dos quais essas situações deveriam ser avaliadas. No caso concreto pode até haver circunstâncias que permitam descaracterizar aparente conflito, mas é forçoso reconhecer, pelas razões já expostas no capítulo anterior, que quando isso não é possível não caberia ao CADE em sede administrativa rever a decisão da agência setorial.

5. A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DE CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES EM SETORES REGULADOS

No controle de concentrações previsto no artigo 54, da Lei nº 8.884/94, o CADE avalia a licitude de atos entre agentes econômicos que possam trazer um aumento do bem-estar social, mas tenham como efeito secundário restrição à concorrência. Os critérios fixados pelo artigo 54 podem ser sintetizados na ideia de que restrições à concorrência serão admitidas se os benefícios advindos do ato forem suficientes para compensá-las e desde que tais restrições não representem eliminação substancial da concorrência, os benefícios sejam repartidos com os consumidores e não haja como alcançá-los por meios que tragam menor impacto concorrencial.

A existência de regulação setorial pode impactar essa análise de diferentes formas.⁴⁵ Primeiro, pode sinalizar a desnecessidade de preocupação concorrencial com certos atos, em razão da presença de regulação intensiva.⁴⁶ Pode, por outro lado, conduzir a conclusão oposta. A regulação setorial não é capaz ou não se propõe a tratar de todos os aspectos do exercício do poder

Federal – ABAV/DF e Sindicato das Empresas de Turismo do Distrito Federal – SINDETUR/DF; sessão de julgamento em 01.09.2004.

⁴⁵ Para uma extensa análise de atos de concentração envolvendo setores regulados, cf. Bolívar Moura Rocha e Hermes Nereu Cardoso Oliveira, “Balanço da articulação entre órgãos de defesa da concorrência e agências reguladoras de infra-estrutura”, in Bolívar Moura Rocha (org.), *A Regulação da Infra-estrutura no Brasil – Balanço e Propostas*, São Paulo, IOB-Thomson, 2003.

⁴⁶ Cf. Ato de Concentração 08012.010136/1999-96 (Requerentes: Companhia Energética do Ceará – COELCE e Distriluz Energia Elétrica S/A; Relator: Celso Fernandes Campilongo; julgado em 11 de outubro de 2000).

econômico no setor. Isso motivaria a imposição de condições no contexto da análise estrutural que complementariam a regulação. Há casos onde claramente foram impostos condicionamentos que pretenderam complementar uma atuação reguladora insuficiente.

A decisão do CADE na operação entre Oi e Brasil Telecom é um exemplo.⁴⁷ A aprovação da operação foi condicionada à celebração de Termo de Compromisso de Desempenho que impôs medidas comportamentais no tocante à oferta de acesso à rede no atacado – linhas dedicadas e interconexão – para outras operadoras de telecomunicações. O voto do Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho indica que isso seria necessário tendo em vista a insuficiência da regulação editada pela ANATEL para equacionar os conflitos concorrenciais relacionados a essa matéria.

Hipótese adicional, da qual se pode cogitar no âmbito da análise de atos de concentração, seria a verificação não apenas de atuação reguladora insuficiente, mas que produzisse efeitos contrários à concorrência ou caracterizasse isenção às normas concorrenciais. Embora a questão do conflito com o Banco Central tenha se centrado mais no aspecto institucional do que no material, subjacente à discussão estava a preocupação de que eventualmente concentração fora dos parâmetros da Lei nº 8.884/94 precisasse ser aprovada para garantir a higidez do sistema financeiro ou outro objetivo da política setorial.

Caso representativo no âmbito do controle de estruturas que evidencia a possibilidade desse conflito é a operação envolvendo a aquisição da Varig pela Gol.⁴⁸ Discutiu-se no contexto dessa operação a possibilidade de o CADE determinar às partes a devolução de *slots* do aeroporto de Congonhas validamente atribuídos a elas pelo órgão regulador setorial – a ANAC. *Slots* correspondem às janelas espaciais e temporais para pousos e decolagens em determinado aeroporto. Para Congonhas não havia *slots* adicionais disponíveis, o que representava efetiva barreira à entrada nos mercados de rotas com início ou término nesse aeroporto.

A alocação desses *slots* seria atividade típica do regulador que, ao exercê-la, deveria considerar aspectos como universalização, segurança e continui-

⁴⁷ Cf. Ato de Concentração 53500.012477/2008 (Requerentes: Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S/A, Brasil Telecom S/A, Invitel S/A e Telemar Norte Leste S/A; Relator: Vinícius Marques de Carvalho; julgado em 20 de outubro de 2010).

⁴⁸ Cf. Ato de Concentração 08012.003267/2007-14 (Requerentes: GTI S/A e VRG Linhas Aéreas S/A; Relator: Luís Fernando Rigato Vasconcellos; julgado em 25.06.2008).

dade dos serviços, além daqueles especificamente concorrenciais. Eventual determinação do CADE quanto a mudanças na distribuição dos *slots* poderia ser vista como exercício de competência própria da ANAC e intervenção indevida na regulação setorial.

Em seu voto, o Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado defendeu posição oposta, admitindo a possibilidade em tese de o CADE impor tal condicionamento. Observou que isso não implicaria conflito entre regulação e direito concorrencial e que eventual intervenção do CADE quanto ao tema não resultaria em revisão ou modificação de normas regulamentares, mas apenas na imposição de condição específica às partes do ato de concentração. Seria situação análoga à imposição da venda de parte dos ativos produtivos envolvidos na operação como condição necessária à sua conformidade aos parâmetros do artigo 54. Entendeu, porém, em linha com o relator, que nenhuma determinação nesse sentido deveria ser imposta, dada a existência de forte rivalidade nos mercados afetados – em razão da atuação da TAM – mesmo diante da impossibilidade de novas entradas.

Restou vencido o Conselheiro Paulo Furquim que não apenas reconheceu a possibilidade de o CADE determinar às partes a devolução de *slots* em Congonhas, mas entendeu que isso efetivamente deveria ser imposto como forma de mitigar efeitos deletérios à concorrência decorrentes da operação. Na fundamentação do seu voto também afirmou que isso não caracterizaria qualquer conflito com a competência da ANAC, mas efetivo reconhecimento desta, pois caberia à agência dar aos *slots* devolvidos o destino que entendesse conveniente sob os parâmetros da regulação setorial.

Operação envolvendo a Embraport oferece outro exemplo recente em que se discutiu a necessidade de imposição de condições, no âmbito da análise de ato de concentração, em razão de alegada falha regulatória que teria efeitos contrários à concorrência.⁴⁹ Tratava-se de transferência de ações da referida companhia, a qual tem por objeto a exploração de terminal portuário privativo na região do Porto de Santos. Associação representativa dos interesses de operadores de terminais de uso público – ABRATEC – tentou trazer para o processo de análise do ato de concentração questão objeto de disputa no âmbito da regulação setorial, a qual sequer tinha relação imediata com os efeitos da operação.

⁴⁹ Cf. Ato de Concentração 08012.007452/2009-31 (Requerentes: Odebrecht Investimentos em Infraestrutura Ltda. e DP World FZE; Relator: César Mattos; julgado em 19.05.2010).

No setor portuário há acirrada disputa entre os agentes econômicos quanto às hipóteses que autorizariam o funcionamento dos chamados terminais privativos. A discussão remonta à mudança do modelo regulatório, abrindo espaço para o setor privado, que ocorreu a partir da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993 – Lei dos Portos. Esse novo marco legal rompeu com a organização essencialmente estatal dos portos, centralizada na União Federal através das Companhias Docas. A participação privada foi estruturada em torno da possibilidade de os terminais portuários, abrangidos pelo conceito de *instalações portuárias* na terminologia da Lei, poderem ser explorados por particulares.⁵⁰ A outorga a particulares da exploração dessas operações portuárias seria feita a partir de dois mecanismos.

De um lado, por meio dos chamados *contratos de arrendamento* celebrados com a autoridade portuária e precedidos de licitação. O objeto desses contratos eram os terminais já existentes nos portos organizados e que no texto legal são denominados como *de uso público*. Paralelamente, a Lei previu a possibilidade de serem emitidas autorizações para a construção de novos terminais de uso privativo, os quais poderiam ou não estar dentro da área do porto organizado.

Tais terminais privativos podem ser exclusivos, quando utilizados apenas para movimentar cargas do seu titular, ou mistos, quando movimentarem também cargas de terceiros. Inicialmente, autorizações foram emitidas pela agência setorial – ANTAQ – sem qualquer exigência clara quanto ao volume de carga própria que os terminais mistos deveriam movimentar.⁵¹ Na prática muitos desses terminais operam precipuamente com cargas de terceiros.

Alegam os terminais públicos que isso teria gerado uma concorrência predatória no setor, pois não haveria isonomia entre os encargos e ônus

⁵⁰ A Lei traz uma definição deficiente de “instalação portuária”, referindo-se apenas àquela de “uso privativo”. Mas deduz-se do conceito do artigo 1º, § 1º, V, que “instalação portuária” abrange a infraestrutura e equipamentos utilizados “na movimentação de passageiros ou na movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário”.

⁵¹ A Lei dos Portos não estabelece qualquer exigência expressa nesse sentido. Em 2005 a Resolução 517 da ANTAQ estabeleceu dentre os requisitos para habilitação a novas autorizações o compromisso de movimentação mínima de carga própria suficiente para justificar a implantação do empreendimento. Posteriormente, o Decreto 6.620/08 também explicitou o mesmo entendimento, ao pretender reorganizar o processo de outorga a particulares do exercício de atividades no setor portuário.

assumidos pelos diferentes tipos de terminais. Observam, ainda, que os terminais privativos mistos só poderiam ser autorizados quando movimentassem carga própria suficiente para justificar a viabilidade do empreendimento.

O Conselheiro César Mattos consignou no seu voto que, sob *uma análise tradicional, o caso seria bastante simples*, pois se tratava de projeto *greenfield*, sem qualquer concentração horizontal e mínima concentração vertical. Destacou ainda que não haveria qualquernexo causal entre a operação e as alegadas falhas regulatórias. Não obstante essa conclusão, optou por analisar, no âmbito do ato de concentração, a questão regulatória e seu impacto sobre a concorrência. Como o princípio da livre concorrência não foi afastado pela legislação setorial, afirmou o Conselheiro que poderia o CADE intervir para avaliar possível *dano concorrencial desnecessário para a consecução do objetivo de política pública perseguido* pela regulação.

Concluiu em sua análise que não haveria problema regulatório a provocar algum dano à concorrência. Mas o caso é de especial interesse, pois o trecho do voto do Conselheiro César Mattos, citado acima, sugere que o CADE poderia rever, no âmbito administrativo, ação reguladora que afastasse a aplicação do princípio da livre concorrência ou implicasse danos à concorrência. Ademais, acolheu a estratégia usada pela ABRATEC de discutir no contexto de ato de concentração eventual conflito entre regulação e concorrência, sem que houvesse nexode causalidade direto entre a operação notificada e o alegado problema regulatório.

6. CONCLUSÃO

A aplicação do direito concorrencial diante da regulação será determinada a partir da verificação dos âmbitos nos quais o poder econômico se manifesta de forma não condicionada. Isso ocorrerá tanto quando o exercício do poder econômico não for objeto de regulação, como quando a regulação existente tiver abrangência limitada ou for ineficaz e as decisões dos agentes econômicos forem tomadas, de fato, a partir do exercício do poder econômico.

Além dessa relação de complementaridade entre concorrência e regulação, é possível cogitar de conflitos quando esta afasta aquela no contexto da realização de outros fins da política setorial. Apenas em situações excepcionais, todavia, regulação dessa natureza poderá ser tida como legítima. Afastar a norma concorrencial de determinado setor exige que a respectiva política regulatória encontre fundamentos constitucionais tão representativos quanto aqueles nos quais se baseiam as normas relativas à concorrência.

Questão relacionada, mas que não se confunde com a delimitação do âmbito de aplicação do direito concorrencial em setores regulados, é saber qual órgão teria competência para aplicar as normas concorrenciais. Isso poderia ser atribuído exclusivamente à agência setorial ou mantido com os órgãos concorrenciais. No caso brasileiro, prevalece a segunda opção, ainda que diversas leis setoriais atribuam alguma parcela de competência concorrente às agências reguladoras.

A delimitação dessa competência em âmbito administrativo não elimina possíveis conflitos institucionais quando se estiver diante de regulação que pretenda efetivamente afastar ou limitar a aplicação das regras concorrenciais. Nesses casos, não seria correto atribuir ao CADE competência para rever e invalidar atuação regulatória da agência setorial, o que implica remeter a solução do conflito entre regulação e direito concorrencial ao âmbito judicial.

O CADE enfatiza em suas decisões a competência própria para atuação em setores regulados, destacadamente quando identifica âmbitos nos quais o poder econômico se manifesta de forma não condicionada. Isso indica uma posição refratária ao argumento de que a mera existência de regulação afastaria o direito concorrencial. Por outro lado, em muitos casos nos quais essa competência é afirmada, nota-se cautela do CADE em interferir em âmbitos regulados e o caráter excepcional de situações como a do caso THC2.

Esse conjunto de decisões afasta de forma consistente a possibilidade de se basear a defesa quanto à imputação de ilícitos concorrenciais apenas na existência de controle pelo órgão regulador. Delimita, ainda, parâmetros analíticos claros e pertinentes para avaliar a aplicação do direito concorrencial diante da regulação. A análise de um caso concreto que tome por base esses precedentes considerará as características da regulação e o seu propósito, se evidenciam uma atuação reguladora efetiva e racional e se não há margem à atuação dos agentes econômicos. É essa margem de atuação que, em regra, delimitará o âmbito em que se mostrará plausível a discussão de ilícitos concorrenciais.

Não há a mesma clareza, porém, quanto ao modo de tratar um efetivo conflito entre regulação e direito concorrencial. As poucas decisões do CADE que enfrentam essa temática não explicitam critérios gerais objetivos a partir dos quais essas situações deveriam ser abordadas. A possibilidade de caracterizar o conflito como apenas aparente também faz com que parte dessas decisões deixe o tema à margem. Outras sugerem que o CADE poderia atuar diante de regulação contrária à concorrência, mas não enfrentam de forma satisfatória as razões pelas quais seria possível reconhecer ao órgão competência para, em sede administrativa, rever decisões de agência reguladora.