

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO**

BRUNO MENEGAT

**AS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO NA ÓTICA DO
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA**

Porto Alegre

2014

BRUNO MENEGAT

**AS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO NA ÓTICA DO
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Antônio Lucas Camargo

Porto Alegre

2014

BRUNO MENEGAT

**AS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO NA ÓTICA DO
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Apresentada em 17 de dezembro de 2014

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Ricardo Antônio Lucas Camargo,
Orientador

Prof. Dr. Francisco Rossal de Araújo

Prof. Dr. Rodrigo Coimbra Santos

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, aos meus pais, Nazareno e Soeli, pelo constante exemplo de humildade, empenho e honestidade. Também ao meu irmão, Alessandro, pelos preciosos conselhos acadêmicos e pela revisão dedicada deste trabalho.

Ao Professor Ricardo Camargo, homem de vastíssima cultura e conhecimento jurídico, por ter despertado meu interesse pelo estudo do Direito Econômico no desenvolvimento de seu grupo de pesquisa e pela confiança e atenção dispensadas.

Com imensa gratidão, aos amigos Carlos Edinger, pelo constante incentivo à pesquisa científica, e Elisa Correa, pela gentil ajuda nas traduções. Da mesma forma, aos colegas Daniel Engelmann e Filipe Smolinski, pelas críticas enriquecedoras aos pressupostos da presente investigação, e aos estimados Marina Lopes e Wagner Fensterseifer, pelas cuidadosas correções feitas nesta monografia.

Aos caros companheiros de escritório, pela paciência e pelas permanentes oportunidades de amadurecimento profissional e pessoal. Em particular, aos colegas Emanuela Bachi, Fábio Rodrigues e Werner Rehm, pelo apoio substancial com a bibliografia.

A todos e aos muitos outros que me ajudaram nesta graduação, meu franco muito obrigado.

“Não existe, seguramente, nenhuma compreensão totalmente livre de preconceitos, embora a vontade do nosso conhecimento deva sempre buscar escapar de todos nossos preconceitos.”

Hans-Georg Gadamer, *Verdade e Método*.

RESUMO

A presente investigação abordará os limites da aplicação dos institutos próprios do Direito da Concorrência na solução de impasses surgidos entre empresas estatais, permissionárias ou concessionárias de serviço público entre si ou que envolvam órgãos reguladores de tais atividades com base na legislação antitruste levadas a apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Será utilizado o método de estudo de casos dos atos de concentração entre empresas e de denúncias de descumprimento da legislação concorrencial que envolvam os agentes que operam sob o ordenamento de cada serviço público, levando-se em conta a especificidade de tal segmento econômico, bem como o impacto da regulação estatal nessas atividades no julgamento das demandas. A partir da jurisprudência se buscará analisar a validade jurídica dos argumentos utilizados perante a ideologia constitucionalmente delineada para os serviços públicos, bem como perante a política econômica determinada para tal segmento econômico. Especial atenção será dada ao tratamento de empresas que operem em monopólio natural e no afastamento da jurisdição antitruste com base em doutrinas estrangeiras, como as delimitadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia e a *State Action Doctrine*, construída pelos tribunais norte-americanos.

Palavras-chave: Constituição Econômica. Serviços Públicos. CADE.

ABSTRACT

The present investigation is going to address the limits to the application of Antitrust Law's institutes to the solution of stalemates involving state companies, permissionaires, public services concessionaires between each other or between them and regulatory agencies based on antitrust law argued before the Conselho Administrativo de Defesa Econômica. The method will be the study of mergers cases between companies and the accusations of unfulfillment of competition law involving agents that operate under the laws of each public service, taking into account the specificity of this economic segment, as well as the impact of state regulation of such activities in deciding such cases. From this case we will to analyze the legal validity of the arguments used considering the particularities of each economic sector and the impacts of state's regulatory activities on the decisions of these cases. From these decisions, the legal validity of the arguments referred will be analyzed, before the constitutionally adopted perspective and the economic policy adopted in each segment. Special attention shall be given to the natural monopolies and to the rejection of antitrust jurisdiction, based on foreign doctrines made by European Court of Justice and: the State Action Doctrine, developed by the american courts.

Key-words: Economic Constitution. Public Services. CADE.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. OS SERVIÇOS PÚBLICOS NA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL.....	11
1.1 CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA.....	11
1.2 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	16
1.3 O ESTADO E AS ATIVIDADES ECONÔMICAS EM SENTIDO ESTRITO.....	24
1.4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS CONCEPÇÕES DE SERVIÇO PÚBLICO.....	28
2. DIREITO DA CONCORRÊNCIA, SERVIÇOS PÚBLICOS E REGULAÇÃO.....	34
2.1 IMPACTOS CONCORRENCIAIS NOS SERVIÇOS PÚBLICOS BRASILEIROS.....	34
2.2 O MODELO NORTE-AMERICANO: A <i>STATE ACTION DOCTRINE</i>	43
2.3 O MODELO DA UNIÃO EUROPEIA: A TUTELA SERVIÇOS DE INTERESSE GERAL.....	48
3. AS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS PERANTE O CADE.....	57
3.1 OS SERVIÇOS DE GÁS NATURAL.....	57
3.2 OS SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA.....	63
3.3 OS SERVIÇOS DE TRANSPORTE PÚBLICO.....	69
3.4 OS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES.....	74
3.5 OS SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO.....	79
CONCLUSÕES.....	85
REFERÊNCIAS.....	88

INTRODUÇÃO

É comum que se associe a aplicação dos institutos do Direito da Concorrência somente aos agentes privados da atividade econômica. Entretanto, o fenômeno de larga intervenção estatal nas atividades econômicas ocorrido após a segunda metade do século XX, bem como a eleição de prestação de uma gama de serviços públicos, refletiu na crescente utilização desse ramo do direito para a solução de impasses concorrenciais envolvendo o Estado como agente econômico, advindo daí um sistema específico para a decisão de tais controvérsias.

Aliado a tal fato, a recente privatização de muitos serviços públicos no Brasil trouxe para nosso ordenamento alta regulação por parte de todos os níveis estatais para prestação dessas atividades outrora prestadas diretamente pelo Poder Público. Esse modelo, assim, além de contar com a supervisão das agências especializadas na regulação de tais atividades, não exclui, em princípio, a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão concebido para tutela da concorrência em atividades econômicas tradicionalmente exploradas por particulares.

Isso posto, frente ao atual panorama jurídico brasileiro dos serviços públicos, que mescla monopólios naturais, regulação dos diversos entes federados e possibilidade de concorrência em diversos segmentos de alta relevância pública, mostra-se desafiante a atuação do Conselho quanto ao tratamento a ser dispensado às prestadoras de serviços públicos, tendo em vista a pluralidade de diplomas legais, restrições e imunidades à apreciação de eventuais condutas incompatíveis com o sistema jurídico de proteção da concorrência.

Assim, para a investigação precisa da resolução por parte do CADE dos problemas acima expostos no segmento dos serviços públicos, o primeiro capítulo da presente monografia analisará as diversas formas de atuação do Estado na economia, bem como será feito estudo do conceito jurídico de serviço público de sua evolução histórica, diferenciando-o das demais atividades econômicas. Também, averiguar-se-á, detidamente, o fenômeno das privatizações de parte dos serviços públicos e o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o regime jurídico a eles aplicado.

No segundo capítulo, será abordada a atuação das autoridades concorrenciais na tutela dos serviços públicos, além das peculiaridades que devem ser observadas na proteção concorrencial de tão específica e diferenciada atividade econômica. Investigar-se-á sucintamente como os tribunais dos Estados Unidos tratam tal tema, na análise do entendimento jurisprudencial denominado *State Action Doctrine*, e a forma do Tribunal de Justiça da União Europeia lidar com a questão, enfatizando-se o modo da referida Corte entender a concorrência e os privilégios estatais dos *serviços de interesse geral*, conceito este largamente utilizado pela legislação europeia para se referir aos serviços públicos. Também, será discutido o panorama geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica processar e julgar tais temas, além da aplicação das mencionadas teorias aos casos brasileiros.

Por fim, no capítulo terceiro serão examinados os atos de concentração e os inquéritos processados perante o CADE que envolvam os serviços públicos mais relevantes para a realidade brasileira e nos quais, por seu regime jurídico, sejam aplicadas em concomitância as normas concorrenciais e de regulação. Serão abordados, primeiramente, os pressupostos de apreciação de condutas vedadas pela legislação antitruste, quais sejam, a delimitação do mercado relevante, a participação no mercado e a probabilidade de exercício de poder de mercado, tendo em conta as especificidades e o maior ou menor grau de fechamento do mercado de cada atividade. Por fim, analisar-se-ão os impactos que a regulação estatal acarreta na apreciação de condutas anticoncorrenciais e as imunidades concorrenciais conferidas às empresas por estas atuarem na prestação de serviços públicos, bem como as diversas formas de caracterização de ilícitos em tal segmento.

1 OS SERVIÇOS PÚBLICOS NA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

1.1 CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

A exata compreensão dos serviços públicos no ordenamento jurídico pátrio passa, antes de tudo, pela análise dos princípios constitucionais reitores da atividade econômica. Tal fato não se dá por um mero critério topológico, simplesmente por estarem os serviços públicos disciplinados pelo capítulo que a atual Constituição reserva à ordem econômica. É que a prestação de serviços públicos requer a utilização de recursos limitados para a satisfação de necessidades entre si excludentes, envolvendo, assim, tal como nas demais atividades econômicas, a utilização de bens escassos da forma mais eficiente e satisfatória possível.¹ Portanto, podem ser inseridos os serviços públicos dentro da definição de atividade econômica,² o que os inclui nas normas regentes da ordem econômica determinada pelo constituinte.

Cumprido, dessa maneira, precisar as determinações e os limites impostos pela Constituição Federal a tais atividades. Entretanto, previamente, deve-se ressaltar, para a compreensão de seus termos, que a preocupação constitucional com o fato econômico de modo determinado à realização de atividades socialmente desejáveis, tal como atualmente positivado, nem sempre existiu. Com efeito, foi extrema de dúvidas no pensamento liberal dominante do século XIX a convicção sobre a desnecessidade de planejamento e intervenção estatal no âmbito das atividades econômicas.³

Esses ideais econômicos se espalharam inclusive no Brasil que, à época, não possuía condições materiais para ser enquadrado nos modelos de uma economia de mercado. Isso porque o Estado brasileiro, após o período colonial, marcado pela

¹ JUSTEN FILHO, Marçal, **Curso de Direito Administrativo**, 6ª Edição, Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 692.

² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 14ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 101.

³ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 144.

proibição de desenvolvimento econômico determinado pela Metrópole,⁴ não se mostrou alheio às atividades econômicas. Muito antes pelo contrário, o poder estatal à época imperial impôs-se como o grande regulador da vida econômica, por meio de subvenções, proteções alfandegárias, promessas de compra de produção e favores, determinando o ânimo do nascente mercado brasileiro.⁵ Mesmo em face dessa realidade a Constituição Imperial de 1824 e a Constituição Republicana de 1891 se mantiveram firmes à ideologia liberal, consagrando seus textos à liberdade de atuação dos agentes privados como determinantes para a manutenção saudável do mercado.

Entretanto, atento à peculiar realidade brasileira e aos novos ideais político-econômicos, Rui Barbosa, que em grande parte contribuíra para a escrita da primeira Constituição republicana brasileira, salientou o paradoxo relativo à nova realidade social e a permanência da atividade econômica alheia às demandas que despertavam no final do século XIX, afirmando que:

Ante os nossos princípios constitucionais, a liberdade dos contratos é absoluta, o capitalista, o industrial, o patrão estão ao abrigo de interferências da lei, a tal respeito. Onde iria ela buscar, legitimamente, autoridade para acudir a certas reclamações operárias, para, por exemplo, limitar horas ao trabalho? Veja-se o que tem passado na América do Norte, onde leis adotadas para acudir a tais reclamações têm ido esbarrar, por vezes, a título de inconstitucionalidade, em sentenças de tribunais superiores. Daí um dilema de caráter revolucionário e corolários nefastos; porque ora a opinião das classes mais numerosas se insurge contra a jurisprudência dos tribunais, ora os tribunais transigem com elas em prejuízo da legalidade constitucional. Num caso é a justiça que se impopulariza, noutro é a Constituição que se desprestigia.⁶

⁴ BARCELLOS, Marta. **História do Mercado de Capitais no Brasil**, São Paulo, Elsevier, 2010, p. 11. Para uma análise das práticas mercantilistas da Corte Portuguesa e suas consequências na exploração do Brasil-Colônia, *vide* SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Adam Smith e o Ouro das Minas Gerais (O Tratado de Methuen)**, Belo Horizonte, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n° 17, outubro de 1976, pgs. 231-289.

⁵ SCOTT, Paulo Henrique. **Direito Constitucional Econômico: Estado e Normalização da Economia**, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 66.

⁶ BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**, *in* Obras Completas de Rui Barbosa, Vol. XLVI, Tomo II, Editora do Ministério da Educação e Saúde, 1951, p. 255.

Também Pontes de Miranda acentuou a necessidade de mudança de paradigma, defendendo a constitucionalização das normas referentes à ordem econômica para a correção dos novos problemas sociais, nos seguintes termos:

A tentativa, por parte de quase todos os Estados, de submeter as novas formas econômicas, os grupos proletários, ao direito do Estado não reestruturado, do Estado antigo que persiste, necessariamente é vã. Esforço inútil. Todos os pequenos resultados serão provisórios e, de direito privado, nenhuma probabilidade pode ter êxito. Só no terreno do direito público, do direito constitucional é que poderá apresentar-se em termos hábeis. Só assim será possível direito que seja ao mesmo tempo do Estado democrático-liberal e das forças econômicas.⁷

Com base em nas referidas observações – e seguindo o modelo da Constituição de Weimar de 1919 e da Constituição Mexicana de 1917 –, o Brasil, a partir de sua Constituição de 1934, apresentou nos seus sucessivos textos constitucionais, ainda que com diferentes nuances ideológicas, capítulos reservados à ordem econômica e social. Como observa Washington Peluso Albino de Souza, tal inclusão releva o interesse de uma sociedade democrática em levar os ganhos conquistados na seara política para a ordem econômica, ou seja, repartir um poder entre todos, mantendo, ao mesmo tempo, o exercício da liberdade.⁸

Os princípios constantes em tais capítulos, ainda na lição de Washington Albino Peluso de Souza, são os que definem a *ideologia* consagrada pela Constituição para a seara econômica.⁹ Entretanto, como se observa de sua simples leitura, os princípios ali presentes são os mais diversos e parecem contradizerem-se entre si. De fato, ao se cotejar o artigo 170 da Constituição Federal de 1988, que atualmente regula a ordem econômica no país, há, por exemplo, o princípio da propriedade privada e da livre concorrência, identificados mais com a ideologia liberal, e os princípios da redução das desigualdades sociais e da busca do pleno emprego, que denotam um posicionamento mais interventor do Estado na economia.

⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**, vol. IV, 2ª Edição, São Paulo, Max Limonad, 1953, p. 456.

⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Do econômico nas Constituições vigentes**, Belo Horizonte, Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961, vol 2, p. 27.

⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Normas Gerais de Direito Econômico** in Revista de Direito Econômico, volume 31, Brasília, 2000, p. 89.

Ocorre que as mencionadas contradições são meramente aparentes. É que, como ressalta Ricardo Camargo, tal composição ideológica heterogênea conforma o que se denomina de *ideologia constitucionalmente adotada*, cabendo ao intérprete nortear-se por esse parâmetro, que se coloca como resultante dos valores que se fizeram ali plasmar, devendo-se sempre se buscar o sentido do todo.¹⁰ Dessa forma, as citadas previsões constitucionais, nos dizeres de José Afonso da Silva, são um compromisso entre as forças políticas tradicionais e as reivindicações populares de justiça social, com a finalidade de instaurar um regime de democracia substancial determinada a realização de fins sociais, mas ainda distante de uma democracia socialista.¹¹ É justamente sobre esses dois pilares que se funda a atual ordem econômica e social brasileira, um de índole liberal, o da *livre iniciativa*, e o da *justiça social*, de caráter eminentemente intervencionista, erigidos pelo constituinte no *caput* do artigo 170 do vidente texto constitucional.

Se a liberdade de iniciativa não traz maiores questionamentos quanto à sua essência e fundamento, trazendo para o ordenamento jurídico brasileiro a ideia de livre jogo das forças econômicas no mercado, o mesmo não ocorre com o princípio da justiça social, em face da plêiade de definições e cargas ideológicas que pairam sobre tal termo. Este pode ser sintetizado, contudo, como leciona Fábio Nusdeo, pela preocupação com a redistribuição de renda, a partir do pressuposto de que o mercado atua, em geral, como um mecanismo concentrador desta. Deve-se sopesar, como alerta o referido jurista, políticas econômicas de desenvolvimento com os princípios de justiça, sob pena de desencadear perigosas tendências de desagregação social.¹² Esse preceito se vincula, dessa forma, à ideia aristotélica de *justiça distributiva*, cabendo referir a grave lembrança trazida por Pontes de Miranda, no sentido de que onde não há justiça distributiva, ou há apodrecimento, ou há revolta.¹³

¹⁰ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Curso Elementar de Direito Econômico**, Porto Alegre, Nuria Fabris Editora, 2014, p. 118.

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo, Malheiros, 2011, 34ª Edição, p. 789.

¹² NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 202.

¹³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**, vol. IV, 2ª Edição, São Paulo, Max Limonad, 1953, p. 464.

Assim, a estrutura geral da ordem econômica traçada pelos incisos do artigo 170 da Constituição, a saber, soberania nacional, a propriedade privada e sua função social, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a procura pelo pleno emprego e pela redução das desigualdades sociais, bem como o tratamento favorecido às pequenas empresas, são princípios norteadores da ação estatal para a consecução da *finalidade* da política econômica, ou seja, a de assegurar a todos *existência digna* conforme os ditames da justiça social.¹⁴

Por conseguinte, malgrado a opção pelo sistema capitalista, a ordem econômica brasileira não consagra o princípio liberal segundo o qual o Estado somente intervém na economia em casos excepcionais. Muito pelo contrário, os papéis desempenhados pelo Estado no âmbito econômico são os mais diversos, razão pela qual se faz necessário precisar-se os termos.

Na lição de Eros Roberto Grau, devem-se distinguir as expressões *atuação* e *intervenção estatal*. A primeira se refere à prestação de serviços públicos pelo Estado, sendo impróprio falar-se em *intervenção* porque o Poder Público atua nesses casos na área de sua própria titularidade, conforme o artigo 175 da Constituição, que determina *incumbir ao Poder Público a prestação de serviços públicos, ou, indiretamente, concedendo-os a particulares*, situação esta de delegação que não retira o caráter de serviço público da atividade.¹⁵

Já quando o Estado atua nas demais atividades, ou seja, fora daquelas que a lei elege como serviço público, nas denominadas *atividades econômicas em sentido estrito*, há verdadeira *intervenção estatal* na economia, podendo ser esta por três formas: (i) *absorção ou participação*, (ii) *direção* ou (iii) *indução*. No primeiro caso, o Estado atua *no* domínio econômico, por *absorção*, quando assume integralmente o controle dos meios de produção de determinada atividade, ou por *participação* quando atua em competição com as demais empresas privadas, ou seja, sem monopólio da atividade. De outra forma, nas intervenções por *direção ou indução*, o Estado atua *sob* o domínio econômico, não como prestador de determinada atividade econômica, mas como regulador; no caso de *direção*, o Poder Público

¹⁴ FARIA, Werter Rotunno. **Constituição Econômica: Liberdade de Iniciativa e Livre Concorrência**, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990, p. 57.

¹⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 14ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 147.

exerce pressão sobre a economia, estabelecendo normas de comportamento compulsório para os agentes das atividades econômicas. Similarmente, a intervenção por indução ocorre quando o Poder Público manipula os instrumentos de interferência em consonância com as leis que regem o mercado, com incitações e estímulos para o desenvolvimento de certa atividade.¹⁶

Por fim, não se pode olvidar também da atuação pelo *planejamento estatal*, que envolve o conjunto de medidas objetivas que concretizam os princípios da ideologia constitucionalmente adotada, sendo as leis de planejamento instrumentos da política econômica escolhida para a consecução desses fins.¹⁷

Vistas, assim, as diversas formas de atuação e intervenção do Estado na economia, cumpre investigar a ordem jurídica dos serviços públicos no Brasil, a fim de que se possa compreender a sua análise pelas autoridades reguladoras e concorrenciais.

1.2 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

O termo *serviço público* se revelou de forma bastante plurívoca se comparadas as diversas doutrinas e legislações que adotaram tal conceito a fim de designar determinadas atividades estatais. Sua criação é atribuída a Jean-Jacques Rousseau, em sua obra *Do Contrato Social*, na qual afirma:

Tão logo o serviço público deixa de ser a principal atividade dos cidadãos, ao preferem servir com sua bolsa do que com sua pessoa, já o Estado se acha à beira da ruína. Se é preciso seguir para o combate, pagam as tropas e ficam em casa, se é preciso ir ao conselho, nomeiam deputados e continuam em casa. À força da preguiça e do dinheiro, terão, enfim, soldados para escravizar a pátria e representantes para vendê-la.¹⁸

¹⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 14ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 147.

¹⁷ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Lições de Direito Econômico**, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 197

¹⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques, **Do Contrato Social ou os Princípios de Direito Político**, Tradução de Antônio de Pádua Danesi, São Paulo, Martins Fontes, 2008, p. 112.

Segundo o autor iluminista, então, tal denominação abrange dois aspectos: atividades destinadas ao serviço do público, ou seja, de prestações que asseguram ao cidadão a satisfação de uma necessidade sentida coletivamente, no caso exemplificado no excerto pela defesa nacional, e uma atividade estatal que sucede ao serviço do Rei, noutras palavras, quando se opera uma substituição na titularidade da soberania, ilustrada pela atividade de eleição de representantes para a Assembleia Nacional.¹⁹

O desenvolvimento dessa concepção foi particularmente importante ao direito francês para a criação de um critério que pudesse separar as causas que deveriam ser julgadas perante os tribunais comuns das que deveriam ser dirimidas pelos juízos com jurisdição administrativa, órgãos criados após o período revolucionário de 1789 para apreciar com exclusividade demandas que versassem sobre atos administrativos. Essa diferenciação também servia para destacar os atos de gestão dos atos de império, sendo que estes últimos deveriam ser imunes a qualquer jurisdição.²⁰

Assim, desenvolveu-se naquele país a chamada *Escola Francesa do Serviço Público*, que formulou as primeiras definições de tal conceito. Para seu maior expoente, Léon Duguit, notadamente ligado às noções trazidas pelo positivismo filosófico de Augusto Comte, o conceito de serviço público substituiu a própria ideia de poder estatal, e, por decorrência, a noção de *soberania*. Por sua teoria, todo o Direito Administrativo orbitava em torno do conceito de serviços públicos, que abarcava, assim, todas as funções do Estado, como se observa do seguinte fragmento de sua obra:

A noção de serviço público substituiu o conceito de soberania como a fundação do direito público. Certamente este conceito não é novo. No mesmo dia, sob a ação de causas muito diferentes e cujo estudo não é para se fazer aqui, em que formou a distinção entre governantes e governados, a noção de serviço público nasce na mente dos homens. De fato, a partir desse momento, percebemos que certas obrigações eram obrigatórias para os governantes aos governados e que o

¹⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti, **O Serviço Público e a Constituição de 1988**, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 20.

²⁰ GEORGIN, Charles. **Cours de Droit Administratif, Livre Premier: Organization Générale des Services Publics**, Paris, Léon Eyrolles Éditeur, 1938, p. 153.

cumprimento dessas funções era tanto uma conseqüência e uma justificação da sua maior força. Esta é, essencialmente, a noção de serviço público.²¹

Em razão da imprecisão jurídica que essa conceituação gerou, seu discípulo Gaston Jèze, ainda que seguindo grande parte da doutrina da *Escola Francesa*, passou a identificar os serviços públicos não mais como toda atividade estatal, mas como aquelas atividades nas quais se utiliza para tal prestação o regime de direito público, afirmando que:

A ideia de serviço público é intimamente vinculada com a o procedimento de direito público. Dizer que, em determinada hipótese, existe serviço público, equivale a afirmar que os agentes públicos, para dar satisfação regular e contínua a cerca categoria de necessidades de interesse geral, podem aplicar os procedimentos de direito público, ou seja, um regime jurídico especial e que as leis e regulamentos possam modificar em qualquer momento o organização do serviço público, sem que se possa opor a isso nenhum obstáculo insuperável do ordenamento jurídico.²²

Essas concepções, a de Duguit mais caracterizada por um fundamento subjetivo, por se vincular à pessoa que titulariza a prestação de serviço, e a de Jèze, voltada para o critério formal, visto que lastrada no regime de direito público aplicado à atividade, tiveram grande difusão na doutrina brasileira. Grande exemplo é o conceito dado por Ruy Cirne Lima, para quem *serviço público é todo serviço existencial, relativamente à sociedade que, por tal característica, deve ser prestado pelo Estado*,²³ associando-se, assim, ao conceito de Duguit. Outro doutrinador, que mescla ambas as teorias, é José Cretella Júnior, para quem *toda a atividade que as pessoas jurídicas públicas exercem, direta ou indiretamente, mediante procedimentos peculiares ao direito público é qualificada como serviço público*.²⁴ Tais entendimentos, que pode ser entendido como concepção ampla da noção de serviço público, também é compartilhado por Hely Lopes Meirelles, que define os

²¹ DUGUIT, Léon, **Les Transformations du Droit Public**, Tradução livre, Paris, Librairie Armand Colin, 1925, p. 34.

²² JÉZE, Gaston, **Principios Generales del Derecho Administrativo**, Tradução de Julio Millán Almagro, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1949, p. 4.

²³ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**, 6ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 82.

²⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo, Volume IV: O Pessoal da Administração Pública**, 2ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 34.

serviços públicos como *todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado.*²⁵ Este último entendimento, apesar de também amplo, é mais restrito que apresentado por Cretella Júnior porquanto, ao utilizar o termo *Administração*, retira do conceito as atividades jurisdicionais e legislativas.

Contudo, os aludidos conceitos acabam por englobar atividades do Poder Público que agem com base no poder de polícia, como as agências reguladoras e outros órgãos fiscalizatórios, em detrimento de um conceito mais preciso que relaciona os serviços públicos com uma atividade de prestação de utilidades aos cidadãos a cargo do Estado. Em busca do refinamento de tal conceito, há doutrinadores que, excluindo as atividades lastreadas no poder de polícia, oferecem o conceito de *serviço público em sentido estrito*. Dentre eles está Caio Tácito, que denomina de *função pública* as atividades endereçadas aos fins essenciais do Estado, como a defesa nacional, a diplomacia e a justiça, em contraponto ao seu conceito de serviço público, *caracterizado pela atividade de fornecimento de uma utilidade de ordem jurídica ou econômico-social, em atenção a finalidades físicas, econômicas, intelectuais ou sociais dos cidadãos.*²⁶ Similar a tal definição é a de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem *serviço público é toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, que o Estado assume como pertinentes a seus deveres, sob um regime de direito público*, denominando as demais atividades estatais de *serviços administrativos.*²⁷

A partir dessas últimas orientações doutrinárias, é possível encontrar na Constituição Federal diversas atividades econômicas que se revestem da qualidade de serviços públicos. No seu artigo 21, incisos X, XI, XII, alíneas a a f, XV e XXIII encontram-se os serviços públicos de competência da União, a saber, o serviço postal, de telecomunicações, de radiodifusão, de energia elétrica, de navegação aérea e marítima, infraestrutura aeroportuária, transporte ferroviário, aquaviário,

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 39ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2012, p. 374.

²⁶ TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**, São Paulo, Saraiva, 1975, p. 150.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 27ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2012, p. 671.

rodoviário interestadual e internacional, portos, serviços de estatística e os serviços relacionados a atividades de energia nuclear. De competência dos Estados há a previsão do artigo 25, § 2º, da Constituição, relativa ao transporte de gás natural. Por fim, aos Municípios confere-se a titularidade, pelo artigo 30, inciso V, dos serviços de transporte coletivo e aqueles de interesse local. Ao lado das atividades mencionadas, há no quadro constitucional, ainda, os denominados *serviços públicos não privativos do Estado*, os quais o ente público não detém o privilégio exclusivo de exploração da atividade, sendo esta aberta à iniciativa privada, como é o caso dos serviços de assistência à saúde e de educação, expressamente previstos nos artigos 199 e 209, nessa ordem. Ademais, como ressalta Marçal Justen Filho, em face do silêncio constitucional, os serviços de assistência social, cultura, desporto, ciência e tecnologia, nos quais o Estado possui largos deveres de atuação determinados pela Constituição, também estão abertos à atuação privada.²⁸

Ainda, em face da repartição constitucional de competência pelos diversos entes federados, surgiu importante indagação quanto a eventuais limitações para a criação por via legislativa de serviços públicos não previstos constitucionalmente. Dinorá Grotti, em atenção à evolução do conceito de serviço público e à necessidade de delimitação de tal conceito, argumenta que algumas atividades – como produção e comercialização de bengalas – não podem se revestir da qualidade de serviços públicos, ainda que assim desejasse o legislador, porquanto atividades não inseridas entre aquelas que têm finalidade pública precípua abrigada pelo Direito, que contrariam os princípios jurídicos de tal instituto, não podem ser cuidadas como se fossem de atribuição do Poder Público.²⁹ De forma semelhante, Eros Grau afirma que nem todas as atividades podem se livremente erigidas à categoria de serviço público, porquanto entende ser serviço público exclusivamente as atividades indispensáveis à consecução de coesão social, vinculando seu conceito ao interesse social que sobressai de determinada atividade econômica, independentemente do ente, público ou privado, que explore a atividade.³⁰

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal, **Curso de Direito Administrativo**, 6ª Edição, Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 696.

²⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti, **O Serviço Público e a Constituição de 1988**, São Paulo, Malheiros, 2003., p. 104.

³⁰ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 14ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 129.

Esse é o panorama jurídico atual dos serviços públicos no sistema brasileiro. Entretanto, em face do avanço tecnológico em muitas áreas econômicas, que geraram questionamentos quanto à necessidade de manutenção do regime de prestação pelo Estado de certos serviços, como os de telecomunicações e energia elétrica, além da crescente delegação de serviços públicos a empresas privadas, com a contrapartida de alta regulação de tais atividades, passou-se a difundir a ideia de *crise da noção de serviço público*.³¹

O referido fenômeno foi particularmente acentuado nos países europeus, iniciado por via legal com a celebração do tratado que instituiu a Comunidade Econômica Europeia, que trouxe para aquela organização internacional um substituto da noção de serviço público, os denominados *serviços de interesse econômico geral*. Essa previsão se encontra no antigo artigo 90º, 2º apartado, da aludida convenção, renumerado para o número 86º após suas sucessivas alterações, dispondo que *as empresas encarregadas da gestão de tais serviços ou que tenham a natureza de monopólio fiscal, ficam submetidas às regras de concorrência na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento da missão que lhes foi confiada*³². Como ressalta Gaspar Ariño, ao longo dos anos os órgãos europeus interpretaram essa norma no sentido da máxima aplicação do instituto da concorrência em atividades outrora caracterizadas como serviços públicos, fazendo com que eles fossem entregues à iniciativa privada cada vez mais.³³

Assim, como muitos Estados europeus deixaram de prestar grande parte dos serviços públicos outrora por eles titularizados por determinação dos órgãos supranacionais que atualmente compõem a União Europeia, Vital Moreira sintetiza os novos deveres do Estado frente a tal nova realidade: o papel de *legislador*, para determinar os setores sujeitos a obrigações especiais decorrentes do regime de atividade de interesse geral, de *regulador* e *fiscalizador* do cumprimento desses encargos e, eventualmente, de *financiador*, seja por meio de subsídios diretos às

³¹ ARIÑO, Gaspar; CUÉTAR, Juan Miguel de la; LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. **El Nuevo Servicio Público**, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 25.

³² TRATADO de Roma, de 1957, *in* **Tratados que instituem as Comunidades Europeias** Luxemburgo, SPONCE, 1987, p. 294.

³³ ARIÑO, Gaspar. **Economía y Estado: crisis y reforma del sector público**, Madrid, Marcial Pons, 1993, p. 53.

empresas, seja por financiamento direto dos consumidores, por via das *tarifas virtuais*.³⁴ Nessa perspectiva, passou o Estado, cada vez mais, a somente *regular* serviços antes a ele afetados como de prestação compulsória, delegando aos particulares essas atividades, com o propósito de melhorar os serviços públicos, tendo o jurista Juan Carlos Cassagne resumido as razões para o citado fenômeno:

O fenômeno da privatização, ao abarcar a transferência ao setor privado da gestão dos serviços públicos, que antes eram prestados por empresas estatais, trouxe a correlata necessidade de regular essas atividades para proteger para proteger devidamente os interesses da comunidade. No campo do Direito Administrativo, não é comum que o Estado regule suas próprias entidades e articule controle na proteção dos usuários, e dificilmente o Estado exige de suas empresas que os serviços públicos por ela prestados sejam disponibilizados com a maior eficiência possível".³⁵

Contudo, como ressalta Ricardo Camargo, o sempre lembrado argumento quanto à precariedade dos serviços públicos prestados pelo Estado deriva, muitas vezes, do desinteresse dos particulares pelo empreendimento de atividade de alta relevância social, o que somente pode conduzir a um déficit das contas públicas quando a atividade é assumida pelo agente estatal. Arremata seu pensamento lembrando que o fenômeno das privatizações dos serviços públicos não segue, necessariamente, uma ordem racional de desenvolvimento nem, tampouco, a critérios estritamente contábeis; envolvem, ao revés, inequívoco juízo de valor quanto a tal tema, explicando que:

Mesmo a ideia de eficiência, aparentemente apurável de forma objetiva, parte de um determinado juízo de valor a respeito do fim que deve perseguir a atividade que se tenha sob os olhos. Se se entender que é o lucro, traduzir-se-á eficiência pela maior capacidade de o gerar. Porém, se se entender que é o cumprimento de sua função social, outro será o conceito de eficiência.³⁶

³⁴ MOREIRA, Vital. **Os Serviços Públicos Tradicionais sob o Impacto da União Europeia**, in Revista de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 19, agosto-outubro, 2009, pgs. 16-17.

³⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. **La Intervención Administrativa**, 2ª Edição, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, p. 150.

³⁶ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito Econômico e Direito Administrativo: O Estado e o Poder Econômico**, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 15.

Plenamente cabível, assim, criticar a vinculação dos serviços públicos somente com a *eficiência* caso levado em conta o juízo de *economicidade*. Tal conceito, como ensina Washington Peluso Albino de Souza, tem por finalidade nortear a efetivação da política econômica prevista na Constituição Federal, pautando-se pela busca da forma mais viável de suprimento de determinada necessidade.³⁷ Dessa forma, a aplicação desse conceito permite a análise da justiça econômica na presença do interesse economicamente definível no conceito de justo, com preocupações de retribuir ou distribuir algo materialmente, quando impossível de se mensurar de forma monetária. Assim, tendo por base o especial tratamento dos serviços públicos definidos constitucionalmente, o ordenamento jurídico dos serviços públicos deve-se afastar da vinculação estrita à eficiência e à concorrência e voltar-se mais para a universalização e satisfação dos usuários.

Não obstante as aludidas ponderações, o modelo de redução do Estado na prestação dos serviços públicos brasileiros foi notável, mormente na década de 1990. Como exemplo, podem-se citar como exemplo mais contundente as telecomunicações. De fato, o primitivo artigo 21, inciso XI, da Constituição determinava caber à União explorar diretamente *ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal* os serviços de telecomunicação, sendo tal disposição revista com a promulgação da Emenda Constitucional n° 8/95, que retirou o requisito de controle estatal da atividade.³⁸ Seguindo essa alteração, a Lei n° 9.472/97, que atualmente disciplina o segmento das telecomunicações, não se refere a tal atividade como *serviço público*, preferindo expressões como *serviço prestado no regime público*.³⁹ Ademais, ela expressamente determina a aplicação de institutos privados, como o da livre concorrência nessa atividade, ao dispor em seu artigo 5° que serão observados em na atividade os princípios *da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público*.

³⁷ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Lições de Direito Econômico**, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 38.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**, 6ª Edição, São Paulo, Atlas, 2008, p. 55.

³⁹ DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 27ª Edição, São Paulo, Atlas, 2012, p.111.

Além desse exemplo, houve expressa autorização legislativa para a privatização dos serviços públicos por meio da Lei nº 9.491/97, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização, prevendo em seu artigo 2ª, § 1º, alínea *b*, a transferência para a iniciativa privada da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade.

Essa nova realidade dos serviços públicos, que entremeia monopólio e concorrência, nos dizeres de Almiro do Couto e Silva, revela o novo sistema que rege tais atividades, ora mesclando mais normas de direito público, ora de direito privado:

Os serviços públicos fragmentaram-se, assumindo diversas formas, muitas das quais reclamam tratamento jurídico especial, ora mais severo, ora mais brando, ora com um peso maior de normas de direito público, ora com um peso maior de normas de direito privado. Existem modalidades desses serviços cujo modo de prestação ideal é a que resulta da livre concorrência num mercado que é, em princípio, aberto, mas que pode sofrer sempre que necessário ou conveniente, intervenções do Estado para afeiçoá-lo ao interesse público. Mas é certo, igualmente, que existem modalidades de atividade, aquelas exercidas em rede, em que o regime de monopólio é praticamente inevitável, comportando, por vezes, combinações com o da concorrência.⁴⁰

As profundas alterações sofridas no ordenamento jurídico dos serviços públicos também ocorreram nas atividades em que o Estado verdadeiramente *intervém*, ou seja, nas atividades econômicas em sentido estrito. Assim, cumpre analisar o ordenamento jurídico dessa atividade estatal.

1.3 O ESTADO E AS ATIVIDADES ECONÔMICAS EM SENTIDO ESTRITO

Ao lado de seus encargos administrativos e da titularização da prestação de serviços públicos, o Estado ainda presta importante papel como explorador de outras

⁴⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. **Privatização no Brasil e o novo Exercício de Funções Públicas por Particulares: Serviço Público “à Brasileira”**, Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul: Cadernos de Direito Público, nº 57, Supl., 2003, pgs. 223-224.

atividades econômicas, as quais, como já explanado, por estarem excluídas da noção de serviço público, denominam-se *atividades econômicas em sentido estrito*. Longe de estar esse tipo de intervenção estatal vinculada a sistemas de produção socialistas, a necessidade de exploração de determinadas atividades pelo Estado já era salientada por Adam Smith. O referido economista, além de entender como indispensável a atuação estatal na manutenção da defesa nacional, na administração dos tribunais e na instrução pública, considerava como imprescindível o Poder Público explorar atividades úteis para toda a sociedade que não entregassem aos particulares os lucros necessários para que fossem viáveis os empreendimentos:

O terceiro e último dever do Estado é o de criar e manter instituições e obras públicas que, embora possam propiciar a máxima vantagem para uma grande sociedade, são de tal natureza que o lucro jamais conseguiria compensar algum indivíduo ou um pequeno número de indivíduos, não se podendo, pois, esperar que algum indivíduo ou um pequeno número de indivíduos a crie e a mantenha. Também o cumprimento deste dever exige despesas cujo montante varia muito conforme os diferentes períodos da sociedade”⁴¹

Dessa forma, o renomado autor julgava conveniente que o soberano financiasse obras e instituições que têm por finalidade a facilitação do comércio da sociedade e da instrução do povo.⁴² Ademais, mesmo os mais recentes doutrinadores do liberalismo, como Ludwig von Mises, são expressos ao afirmar que, pelo simples fato de um ente público titularizar algum tipo de instalação industrial ou comercial, não retira a qualidade essencial de ser considerado tal país como uma economia de mercado, em face da sujeição das demais atividades econômicas aos jogos do mercado.⁴³

Fábio Konder Comparato, nesse aspecto, traz importante questionamento quanto ao termo *atividade econômica*, afirmando que, malgrado seja extenuante de dúvidas a associação ao referido conceito com a produção e distribuição de riqueza, além da formação de preços, de renda e de emprego, a dificuldade reside em

⁴¹ SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações: Investigação sobre sua Natureza e suas Causas**, tradução de Luiz João Baraúna, São Paulo, Victor Civita Editor, 1983, volume II, p. 173.

⁴² *Ibidem*, p. 174.

⁴³ MISES, Ludwig von. **O Mercado**, Tradução de Donald Stewart Jr., Rio de Janeiro, José Olímpio Editora, 1987, p. 18.

conceituar-se *riqueza*, tendo em conta a evolução de tal conceito, que, além dos bens materiais, também passou a compreender certos bens culturais, como os que provêm ao cidadão condições de vida como educação, saúde e segurança.⁴⁴

A despeito dessa ponderação, o traço distintivo entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito, na lição de Eros Grau, reside nas diversas *vicissitudes das relações entre as forças sociais*: ora os agentes privados pretendem reservar para si a exploração de todos os seguimentos que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de especulação lucrativa, ora o Estado aspira a desenvolver de modo não especulativo o maior número possível de atividades econômicas, tanto os serviços públicos como as demais.⁴⁵ Segundo o jurista, então, é a partir desse confronto que se ampliarão ou se reduzirão, correspectivamente, os âmbitos do poder das atividades econômicas em sentido estrito e dos serviços públicos. Evidentemente, a ampliação ou a retração de um ou de outro campo será função do poder de reivindicação, instrumentalizado por poder político de um e outro dos grupos sociais considerados.⁴⁶

Outra interessante proposta de distinção entre os referidos termos é dada por Marçal Justen Filho, para quem a distinção essencial das atividades econômicas em sentido restrito dos serviços públicos dá-se em dois aspectos: o primeiro, denominado *por inclusão*, reside na instrumentalidade que o serviço público assume como atividade que presta serviços ou utilidades que se vinculam diretamente a valores atinentes à dignidade humana, diferentemente das demais atividades econômicas; o outro, denominado *por exclusão*, qualifica como atividade econômica *stricto sensu* tudo o que a Constituição excluiu da qualificação de serviço público.⁴⁷

Tendo em vista as formulações doutrinárias acima descritas, a atual Constituição mantém a distinção entre serviços públicos e as demais atividades econômicas, determinando que estas últimas sejam prestadas, em regra, pelo setor privado. De fato, por força do artigo 173, o Estado somente pode explorar atividade

⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988**, São Paulo, Revista de Direito Público n° 93, outubro de 1987, p. 263.

⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. **Serviço Público de distribuição de gás canalizado: competência municipal, exclusividade e âmbito de prestação**, São Paulo, Revista de Direito Público n° 84, outubro de 1987, p. 87.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, **Curso de Direito Administrativo**, 6ª Edição, Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 687.

econômica quando necessária aos *imperativos de segurança nacional* ou *relevante interesse público*, de forma mais restrita do que no pretérito sistema constitucional, visto que previa o artigo 163 da Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69, que o Estado estaria habilitado a atuar *subsidiariamente* à iniciativa privada⁴⁸, lançando a nova ordem constitucional importante mudança relativa à necessidade de redução da atuação estatal *no campo econômico*.

Grande parte das estatais criadas no século XX, que se situavam em setores estratégicos do desenvolvimento nacional, fundadas sob alta carga de nacionalismo e de intuítos de integração nacional⁴⁹, também sofreram os impactos da política de privatizações dos anos noventa. Foram elas resultado das políticas do denominado “Consenso de Washington”, ou seja, das diretrizes lançadas pelo do Fundo Monetário Internacional para os países de terceiro mundo que impunham uma diminuição do Estado no ambiente econômico.⁵⁰ As medidas mais expressivas foram as vendas da Usiminas, logo no início do governo de Fernando Collor de Mello, impulsionando o primeiro Programa Nacional de Privatizações, a Lei nº 8.031/90, além da Companhia Siderúrgica Nacional – CSN e da Companhia do Vale do Rio Doce⁵¹, bem como, mais recentemente, com a promulgação da Lei Complementar nº 126/07, a abertura ao capital privado do mercado de resseguros outrora operado em regime de monopólio pela estatal Instituto de Resseguros do Brasil.

Não obstante os exemplos acima expostos, o processo de privatização que mais impactou o modelo estatal então vigente, caracterizado por uma forte atuação do Estado como explorador da economia, deu-se com a promulgação da Emenda Constitucional nº 9/95. Essa norma, ao acrescentar um parágrafo primeiro no artigo 177 da Constituição, quebrou o antigo monopólio, criado ainda no segundo governo

⁴⁸ CARVALHOSA, Modesto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1969**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972, p. 115.

⁴⁹ JAGUARIBE, Helió. **O Nacionalismo na Atualidade Brasileira**, Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão, 2013, p. 29.

⁵⁰ SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani. **Questões Polêmicas de Direito Econômico**, São Paulo, LTr, 2008, p. 59.

⁵¹ PEREIRA, Roberto de Andrade, **Privatizações: Síntese Histórica e Avaliação**, (dissertação de mestrado), Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, pgs. 35-40.

de Getúlio Vargas pelo Decreto-lei 2.004/53, da exploração do petróleo pela União, permitindo que particulares atuem juntamente com a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras nas atividades de pesquisa, lavra, refinação, bem como importação e exportação de petróleo e seus derivados.⁵²

Tendo em conta as profundas mudanças levadas a cabo recentemente relativas aos fundamentos da prestação estatal de serviços público e de exploração de atividades econômicas em sentido estrito, muitas dúvidas quanto ao tratamento jurídico de tais atividades acabaram sendo dirimidas somente em âmbito judicial. Impositivo, assim, fazer um pequeno retrospecto dos julgamentos mais importantes sobre o tema em questão.

1.4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS CONCEPÇÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

Além da discussão nos foros legislativos próprios sobre a eleição de serviços públicos necessários para a população, o Poder Judiciário e, particularmente, o Supremo Tribunal Federal, debruçaram-se largamente sobre a questão da qualificação de determinadas atividades como serviços públicos, além da extensão dos privilégios daí decorrentes a diversas figuras estatais que atuam no campo econômico. Esse fato ocorreu, principalmente, por não ser precisa, como visto, a definição de *serviço público*, bem como pelo alto grau de intrincamento do ordenamento jurídico administrativo brasileiro.

O julgado de maior relevo quanto ao tema foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46, julgada pelo STF em 5 de agosto de 2009. Nesta ação constitucional, uma associação de empresas de logística especializadas na distribuição de pequenas encomendas buscava a declaração de não recepção pela Constituição de 1988 do monopólio das entregas de correspondências conferido à União pela Lei nº 6.538/78, com a finalidade de permitir que a iniciativa privada

⁵² LAPLANE, Andrea. **Direito, Concorrência e Desenvolvimento: A Atuação do CADE no Caso da Indústria Petroquímica** (dissertação de mestrado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 60.

explorasse tal atividade econômica, ao lado da empresa pública que presta esse serviço, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Lastreava sua pretensão nos princípios constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência e da liberdade de escolha profissional, salientando que, por não estar o serviço postal elencado no rol constitucional de monopólios da União, a referida atividade econômica, à luz dos princípios reitores do ordenamento jurídico, poderiam ser livremente explorado por particulares.

O relator, Ministro Marco Aurélio, votou pela procedência da ação, partindo do fato de nenhuma atividade ser ontologicamente serviço público, dependendo tal qualificação da maior ou menor intervenção que o Estado deseje realizar na economia. Concluiu o magistrado, assim, que o estágio atual de tecnologia não faz mais com que a atividade postal seja deficitária – isto é, a maior justificativa para a criação de serviço público em monopólio – devendo a atividade ser entregue também à iniciativa privada. Arrematando seu raciocínio, entendeu o Ministro que:

Na maioria esmagadora das situações, a razão que motivou o Estado brasileiro a intervir diretamente na economia não foi ideológica, mas prática, à exceção dos imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo. É chegada a hora de reconhecer a crise do modelo adotado, porquanto a implicar intervenção desnecessária em uma área que consegue perfeitamente sustentar-se a partir da iniciativa privada, resultando, ainda, na submissão de um setor da economia à dispensável subordinação a fatores políticos. Ao reconhecer que a atividade econômica não é própria do Estado, torna-se de menor importância o interminável e insolúvel debate que permeia a exata definição do que vem a ser precisamente o serviço postal – se serviço público ou atividade econômica em sentido estrito.⁵³

Contudo, não foi este o entendimento adotado pela Corte. Entendeu o Ministro Eros Grau, conduzindo a maioria do Tribunal, que, para a empresa privada poder ser admitida à prestação do serviço postal, seria necessário a Constituição afirmar expressamente que tal atividade é livre à iniciativa dos particulares, como com relação aos serviços de saúde e educação, por exemplo. Ademais, ressaltou o magistrado que em face dos trágicos conflitos sociais estampados pela realidade

⁵³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 46, Tribunal Pleno, Relator p/ Acórdão Min. Eros Grau, julgado em 5 de agosto de 2009.

nacional, não deve o Estado adotar uma postura subsidiária nas atividades econômicas essenciais, devendo, ao revés, buscar-se um ente estatal forte e vigoroso, capaz de assegurar a todos existência digna, tal como determinado pelo texto constitucional. Por fim, enfatizou o ministro que, embora a Lei nº 6.538/78 se refira a *monopólio*, trata-se, em verdade, de *privilégio da Administração na prestação de serviço postal*, por se tratar de inequívoco serviço público, mantendo, assim, a precisão técnica por ele desenvolvida e aqui já abordada. De relevo quanto ao tema, ainda, foi o voto da Ministra Ellen Gracie, que salientou o caráter de serviço público da entrega de correspondências, que o próprio constituinte determinou à União que o mantivesse, asseverando:

Tudo porque o serviço público vem informado pelo princípio da supremacia do interesse público e, por isso, é mantido ainda em condições deficitárias, como é o caso das entregas de correspondências em locais de remoto e de difícil acesso ao nosso vasto território nacional. Garantir condições de comunicabilidade e de remessa de mensagens ou objetos a todos os brasileiros é objetivo que responde a mais do que o simples interesse individual dos missivistas. Diz respeito aos superiores interesses da integração nacional.⁵⁴

Decorrente do entendimento de conferir ao serviço postal prestado pela ECT a qualidade de serviço público, o Supremo Tribunal Federal reafirmou sua jurisprudência no sentido de atribuir à referida empresa pública o direito de suas dívidas serem executadas pelo regime de precatórios,⁵⁵ a impossibilidade de demitir seus funcionários sem justa causa, aplicando para tal entre as normas de demissão dos servidores públicos,⁵⁶ além de sua imunidade recíproca com relação a todos os impostos, notadamente ISSQN, IPVA e IPTU.⁵⁷ A imunidade tributária, incidente mesmo nas suas atividades lucrativas, servem, na linha do entendimento do STF, para compensar a não lucratividade da empresa nas operações que é obrigada a fazer, por determinação legal, em lugares longínquos do país. Os julgamentos que

⁵⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 46, Tribunal Pleno, Relator p/ Acórdão Min. Eros Grau, julgado em 5 de agosto de 2009.

⁵⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 220.906, Tribunal Pleno, Relator p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa, julgado em 14 de novembro de 2002.

⁵⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 589.998, Tribunal Pleno, Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20 de março de 2013.

⁵⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 601.392, Tribunal Pleno, Relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 28 de fevereiro de 2013.

fazem com que a ECT se revista da quase totalidade das características de autarquia, como alerta Marçal Justen Filho, traz evidente perplexidade quanto ao regime jurídico de seus empregados, porquanto, a despeito de vinculados ao regime da CLT, de acordo com o sistema constitucional deveriam seguir o regime estatutário.⁵⁸

Assim, malgrado o Decreto-lei n° 200/67, apesar das profundadas reformas administrativas ocorridas após sua promulgação, ainda identificar as empresas públicas e as sociedades de economia mista como entidades que prestam atividade econômica em sentido estrito, entende o STF que caso as referidas entidades prestarem serviço público, fazem jus à imunidade tributária cujo requisito, previsto no art. 150, § 3° da Constituição, é, no essencial, que elas não atuem em atividades regidas pelas normas de empreendimentos privados. Dessa forma, entendeu o STF que a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - Infraero, por também prestar serviço público de monopólio da União, a teor do artigo 21, inciso XII, alínea c, da Constituição, faz jus à imunidade tributária⁵⁹, bem como a Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP, porquanto, ainda que revestida sob a forma de sociedade de economia mista, presta serviço público. Neste último caso, ademais, propôs o Ministro Joaquim Barbosa um teste em três fases para a caracterização de serviço público apto a gozar de imunidade tributária:

- 1) A imunidade se aplica à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais iminentes do ente federado, cuja tributação poderia colocar em risco a respectiva autonomia política;
- 2) Atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas à tributação, por apresentarem como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política. Em decorrência, a circunstância de ser desenvolvida em regime de monopólio é irrelevante;
- 3) A desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre-concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita. Em princípio, o sucesso ou a desventura empresarial devem pautar-se por virtudes e vícios do

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal, **Curso de Direito Administrativo**, 6ª Edição, Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 796.

⁵⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AgRg no RE 524.615, Tribunal Pleno, Relator Eros Grau, julgado em 9 de setembro de 2008.

próprio mercado, sem que a intervenção do Estado seja fator preponderante.⁶⁰

As aludidas proposições, notadamente as duas últimas, revelam o entendimento do Tribunal quanto aos requisitos para caracterização de serviço público. Dessa maneira, entende o Supremo Tribunal Federal que, na hipótese da empresa estatal, mesmo quando presta serviço público, o presta com o inequívoco intuito de obter lucro, deve ela ser tratada como agente econômico privado. Tal posição foi adotada pela Corte quando da apreciação do Recurso Extraordinário 599.428, no qual as Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A.– Eletronorte, subsidiária da Eletrobrás, sociedade de economia mista concessionária de grande parte do sistema elétrico do país, pretendia que se reconhecesse o direito à execução de seus débitos judiciais por precatórios. O Ministro Joaquim Barbosa, acompanhado pela maioria dos juízes, entendeu que, em decorrência das privatizações, o mercado no qual atuam as concessionárias de energia elétrica passou a ser competitivo, desnaturando seu caráter de serviço público, assim resumindo seu posicionamento:

Ao perseguir o lucro como objetivo principal, o Estado deve despir-se das garantias soberanas necessárias à proteção do regime democrático, do sistema republicano e do pacto federativo, pois tais salvaguardas são incompatíveis com a livre iniciativa e com o equilíbrio concorrencial. O direito de buscar lucro é essencial ao modelo econômico adotado na Constituição, tendo como perspectiva o particular, e não o Estado. Se a relevância da atividade fosse suficiente para o reconhecimento de tais garantias, atividades como os serviços de saúde, a extração, o refino e a distribuição de petróleo, a indústria petroquímica, as empresas farmacêuticas e as entidades de educação também seriam beneficiárias de tais prerrogativas, bastando ao Poder Público que se aliasse ao corpo societário do empreendimento privado.⁶¹

Interessante questão também posta a julgamento no STF, ainda sem julgamento definitivo, trata da possibilidade de se conceder imunidade tributária à sociedade de economia mista que presta serviço de saneamento básico. O Tribunal

⁶⁰ Voto do Ministro Joaquim Barbosa por ocasião do julgamento do RE 253.472, Tribunal Pleno, julgado em 25 de agosto de 2010.

⁶¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 599.628, Tribunal Pleno, Relator p/ Acórdão Min. Joaquim Barbosa, julgado em 25 de maio de 2011.

de Justiça do Estado de São Paulo, ao apreciar a questão envolvendo a Sabesp, decidiu que as empresas estatais com personalidade jurídica de direito privado, ao cobrarem tarifa dos usuários, estão excluídas da garantia de imunidade tributária.⁶² Em julgamento futuro, sopesará o STF, de um lado, o fato de se tratar de serviço público legalmente reconhecido e, de outro, o inequívoco propósito de lucro da companhia, contando inclusive, com negociação das ações de seu capital social em bolsas de valores estrangeiras.⁶³

Como visto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sido constante na proteção do tratamento favorecido que os serviços públicos devem gozar para que estes possam continuar existindo, tendo em vista suas peculiaridades de atuação frente aos demais atores econômicos. Semelhantemente, as empresas que exploram atividades econômicas em sentido estrito vem sistematicamente sido tolhidas de privilégios concedidos legalmente, em respeito à paridade que deve haver entre os agentes econômicos públicos e privados.

⁶² SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AC 700.597-5/5-00, Décima Quinta Câmara de Direito Público, Des. Rodrigues de Aguiar, julgado em 26 de julho de 2008.

⁶³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RG no RE 600.867, Tribunal Pleno, Relator Min. Joaquim Barbosa, julgado em 8 de dezembro de 2011.

2 DIREITO DA CONCORRÊNCIA, SERVIÇOS PÚBLICOS E REGULAÇÃO

2.1 IMPACTOS CONCORRENCIAIS NOS SERVIÇOS PÚBLICOS BRASILEIROS

Vista a política econômica brasileira constitucionalmente adotada acerca dos serviços públicos, bem como sua interpretação judicial, é necessário que se aborde neste momento, de maneira geral, as discussões doutrinárias relativas à aplicabilidade das regras antitrustes e os impactos da regulação estatal sobre a concorrência entre empresas brasileiras que prestam serviço público.

Adam Smith identificava na livre concorrência o fator suficiente para a formação do preço justo dos bens, afirmando que tão-somente a competição entre os diversos concorrentes os obrigava a aceitar o preço natural das coisas, anulando, assim, os seus egoísmos, que tenderiam a cobrar preços mais altos.⁶⁴ Contudo, inobstante tal constatação tenha sido válida para refutar as práticas mercantilistas e as políticas protecionistas do século XVIII, as alterações econômicas ocorridas desde então, mormente dos modos de produção, impõem uma modificação desse pensamento.

Como observa Fábio Konder Comparato, a evolução do capitalismo desde a metade do século passado tem sido comandada pelo fenômeno da concentração empresarial, mercê da necessidade da formação de grandes empresas para que se viabilize a sua manutenção numa economia cada vez mais baseada na criação de novas tecnologias e de inovação de produtos, demandando, assim, a união de capitais para a sobrevivência no mercado.⁶⁵ Ademais, Berle e Means, em paradigmático estudo sobre a concentração do poder econômico nas sociedades anônimas no século XX, constataram que dentro dessas companhias, que formam a base da economia atual, age uma força centrípeta que reúne a riqueza em

⁶⁴ SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações: Investigação sobre sua Natureza e suas Causas**, Tradução de Luiz João Baraúna, São Paulo, Victor Civita Editor, 1983, volume II, p. 111.

⁶⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos Jurídicos da Macro-empresa**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, p. 4.

aglomerados cada vez maiores e, ao mesmo tempo, passa o controle para as mãos de um número cada vez menor de pessoas.⁶⁶

Assim, para evitar que a livre concorrência, seja anulada em um mercado cada vez mais concentrado, é imperioso, como observa Werter Faria, que se mantenham dois fatores: o estabelecimento do mercado como *espaço público*, ou seja, franqueado a todos que estejam habilitados a desempenhar a atividade em questão e a valorização da *igualdade de condições* entre os participantes da competição, sem que uns criem situações que permitam o estabelecimento de condições privilegiadas em relação aos outros.⁶⁷ Assim, ainda segundo o referido autor, as leis de defesa da concorrência surgidas principalmente nos séculos XIX e XX são substituintes da intervenção direta do Estado na economia e destinam-se a evitar o falseamento da competição.⁶⁸

Importa aqui lembrar também a advertência de Benjamin Shieber, o qual afirmava não se proporem as leis antitrustes a acabar com a iniciativa privada, eis que não faz sentido um país socialista possuir leis de proteção da concorrência, porquanto nesse sistema todo o sistema econômico está nas mãos do Estado; é para corrigir as falhas dessa iniciativa e alargar seu campo, assegurando a todos o direito de concorrer, que se faz necessária uma lei antitruste.⁶⁹

Contudo, a proteção da livre concorrência por tais meios restou em muito diminuída no Brasil em seu passado recente. Efetivamente, à época do regime castrense, as concentrações empresariais receberam poderoso estímulo estatal, sendo seu exemplo maior a Lei nº 6.151/74, que instituiu o II Plano Nacional de Desenvolvimento, fazendo referência explícita à necessidade de fortalecimento da indústria nacional através da formação de conglomerados para enfrentar a concorrência internacional.⁷⁰ Outra política importante de fomento às concentrações

⁶⁶ BERLE, Adolf; MEANS, Gardiner. **A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada**, Tradução de Diohan de Abreu Azevedo, São Paulo, Editora Abril Cultural, 1984, p. 45.

⁶⁷ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (org.). **Glosas sobre a Concorrência no Pensamento de Werter Faria** in Títulos de Crédito, Concorrência e Mercosul: Estudos em Homenagem ao Professor Werter R. Faria, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 104.

⁶⁸ FARIA, Werter Rotunno. **Constituição Econômica: Liberdade de Iniciativa e Livre Concorrência**, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990, p. 60.

⁶⁹ SHIEBER, Benjamin. **Abusos do Poder Econômico: Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos EUA**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966, p. 3.

⁷⁰ COMPARATO. Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, 4ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 523.

deu-se com os Decretos-lei nº 1.182/71, 1.186/71 e 1.346/74, que concederam às empresas *consideradas de interesse para a economia nacional* isenção de imposto de renda na reavaliação de seus ativos imobilizados para as operações de fusão e incorporação.⁷¹

Superados os tempos de referidas políticas concentracionistas, ganha força o importante mandamento constitucional de repressão ao abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros, positivado no artigo 173, § 4º, da atual Constituição, norma esta que se desdobra em uma série de condutas proibidas pela legislação concorrencial específica, atualmente elencadas no artigo 36 da Lei nº 12.526/11. Esse diploma legal seguiu as linhas gerais da Lei nº 8.884/94, a primeira a tratar da concorrência no novo modelo constitucional e a fazer profunda reestruturação no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, atualmente revestido sob a forma de autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, dotado, tendo em conta suas importantes atribuições, de função quase-jurisdicional.⁷²

Assim, em face da já abordada opção econômica brasileira de valorização da liberdade de iniciativa e de concorrência, bem como a política de *desestatização* de uma grande gama de serviços públicos, cabe a seguinte indagação: até que ponto pode-se aplicar as atuais normas antitruste ao segmento econômico dos serviços públicos?

Sabe-se que, sob o viés econômico clássico, a concretização de uma situação de concorrência pressupõe cinco características de mercado: homogeneidade, atonicidade, inexistência de restrições à entrada ou circulação de operadores, transparência e mobilidade dos fatores de produção.⁷³ É flagrante, principalmente pela falta, em sua maior parte, de *atomicidade e liberdade de entrada de operadores* nos serviços públicos que o regime de concorrência não se aplica perfeitamente a essas atividades.

⁷¹ BULGARELLI, Waldírio. **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**, 3ª Edição, São Paulo, Atlas, 1997, p. 120.

⁷² FARIA, Werter Rotunno. **Constituição Econômica: Liberdade de Iniciativa e Livre Concorrência**, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990, p. 81

⁷³ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Defesa da Concorrência e direitos fundamentais das empresas: da responsabilização da Autoridade da Concorrência por danos ocasionados em actuações de inspecção** in ALBUQUERQUE, Ruy, Regulação e Concorrência: Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência, Coimbra, Almedina, 2005, p. 123.

Contudo, deve-se afastar, primeiramente, a *exclusão total das normas concorrenciais* de todos os serviços públicos. Como lembra Túlio Ascarelli, tendo em conta a pluralidade do ordenamento administrativo, certas atividades estatais excluem totalmente a concorrência, mas na maior parte dos serviços públicos a prática concorrencial fica apenas *diminuída*, não sendo correto excluir, de pronto, os institutos do direito da concorrência de tal ramo.⁷⁴

A segunda tarefa consiste na verificação de quais atividades atribuídas ao Estado são excluídas de forma absoluta do regime de concorrência. Como observa Eros Grau, é lição comezinha do direito concorrencial que as normas antitrustes estão voltadas à regulação de condutas de agentes econômicos no mercado, não incidindo sobre a implementação de *políticas públicas*.⁷⁵ Nos dizeres de Paula Forgioni, afrontaria a Constituição admitir que o CADE possui tal competência, argumentando que somente aos democraticamente eleitos cabe a condução de tais políticas.⁷⁶ Assim, seguindo lição de Calixto Salomão Filho, somente existe verdadeira imunidade à incidência de qualquer norma anticoncorrencial nas hipóteses de planejamento econômico impositivo previsto no artigo 174, afirmando o referido jurista que:

Esse dispositivo é incompatível com o conceito de concorrência por uma razão muito simples: o planejamento meios e fins da atividade econômica. O regime de planejamento exige a intervenção direta do Estado, definindo as metas para o setor público. Caso essas metas sejam específicas a ponto de lidar com as variáveis concorrenciais, então, o comportamento do setor público é imune ao regime concorrencial. Note-se que para que a imunidade ocorra não basta uma situação jurídico-formal. É necessário, portanto, que haja definição de metas e que o órgão governamental, empresas estatais e de economia mista ajam no estrito cumprimento dessas metas.⁷⁷

O aludido artigo, que introduziu na atuação do Estado elementos da *regulação econômica*, enfraqueceu o sentido intervencionista previsto no dispositivo

⁷⁴ ASCARELLI, Tulio. **Teoria della Concorrenza e dei Beni Immateriali: Lezioni di Diritto Industriale**, 2ª Edição, Milão, Dott. A Giuffrè Editre, 1957, p. 17

⁷⁵ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O Estado, a Empresa e o Contrato**, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 150.

⁷⁶ FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**, 6ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 146.

⁷⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos**, 2ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 173.

que tratava do tema no texto constitucional decaído. Limitou, assim, a amplidão da ação do Estado, ao determinar que o planejamento seja somente impositivo para o setor público e meramente indicativo para a iniciativa privada.⁷⁸ Assim, a imunidade absoluta às regras antitrustes somente incide naquelas políticas que são *obrigatórias* para o Poder Público, não as que induzem determinadas condutas da iniciativa privada.

Apesar dessa exclusão *prima facie* das normas de defesa da concorrência, o artigo 31 da Lei nº 12.529/11, que trata dos sujeitos passíveis de julgamento perante o CADE foi redigido de forma bastante abrangente, dispondo que a lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito *público* ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal. A mencionada disposição é de idêntica redação ao disposto no artigo 15 da Lei nº 8.884/94,, não tendo sido proposta, naquela oportunidade, pelo Poder Executivo, mas pelo Presidente da Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputado, Fábio Feldman, justificando o parlamentar que:

Na linha do adotado pelas legislações antimonopolistas mais modernas, como o Japão, deverá a lei antitruste brasileira regular, ainda os atos e ajustes entre empresas sujeitas ao controle estatal, os mecanismos de consulta prévia sobre a legitimidade de atos e ajustes, o processo administrativo contra práticas consideradas abusivas, as medidas protetivas e, para instrumentalizar essa atuação estatal, impõem-se a reestruturação do CADE como órgão competente para prevenir, apurar e reprimir os abusos do poder econômico.⁷⁹

Atendeu o legislador ao fato de que, onde há atividade econômica, haverá abuso do poder econômico e, portanto, sua repressão e prevenção deve-se dar em

⁷⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Lições de Direito Econômico**, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 2002,. 189.

⁷⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS, Projeto de Lei nº 3.712/93, parecer do Deputado Federal Fábio Feldman, da Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias, disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D95EB3BAD8E5CF6578CC490660EC3F9D.proposicoesWeb?codteor=1138249&filename=Avulso+-PL+3712/1993, p. 147, acesso em 21 de setembro de 2014.

todo o mercado de bens e serviços.⁸⁰ Assim, tendo em conta tal artigo e a política *de desestatização dos serviços públicos*, é plenamente possível que empresas prestadoras de serviço público submetam-se não só ao regime de competição entre agentes econômicos, como às regras concorrenciais próprias das empresas do ramo privado, como, por exemplo, a proibição de formação de cartel, aumento arbitrário de lucros, imposição de preços etc.

Contudo, importa salientar que o atual ordenamento constitucional afasta, em princípio, a incidência dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência para tal segmento econômico, sendo uma *opção política* a decisão do legislador de submeter a prestação de serviços públicos à racionalidade concorrencial.⁸¹ Como salienta Paula Forgioni, as privatizações dos serviços públicos ocorridas no Brasil na década de noventa não visaram a preservação e o aumento do bem-estar dos administrados por meio da concorrência de agentes econômicos, mas somente a busca da diminuição do endividamento do Estado, obtido mediante a venda do erário público. Assim, não se privilegiou a criação de espaços de competição, mas mera obtenção de recursos, criando sérios problemas, assim, para sua regulação concorrencial.⁸²

Quando se discute sobre concorrência nos serviços públicos não se pode olvidar da matéria referente à regulação econômica. É que, no momento em que se opta pela privatização de determinados serviços públicos ou atividades em sentido estrito, tem sido comum no Brasil que também se criem agentes reguladores de tais setores⁸³. É também frequente que as legislações determinem expressamente a atuação do CADE para apuração de práticas proscritas pela legislação concorrencial, entrelaçando-se regulação e concorrência. Por exemplo, o artigo 10 da Lei n° 9.478/97, com redação dada pela Lei n° 10.202/01, que criou a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, prevê que quando o

⁸⁰ DUTRA, Pedro. **Livre Concorrência e Regulação de Mercados: estudos e pareceres**, São Paulo, Renovar, 2003, p. 252.

⁸¹ JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições Regulatórias à Concorrência**, Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 48

⁸² FORGIONI. **Agências Reguladoras, Serviços Públicos e Disciplina da Concorrência no Brasil**, in *Títulos de Crédito, Concorrência e Mercosul: Estudos em Homenagem ao Professor Werte R. Faria*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 85.

⁸³ BRUNETTO, Thiago Cechinni. **Reforma do Estado, Estado Regulador**, in MOLL, Luiza Helena (org.). *Agências de Regulação do Mercado*, Porto Alegre, Editora da UFRGS, 2002, p. 78.

órgão tomar conhecimento de fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo ao CADE, para que este adote as providências cabíveis no âmbito de sua atuação. Semelhantemente, a Lei nº 9.472/97, que instituiu a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, dispõe em seu artigo 19, inciso XIX que à agência compete exercer as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao CADE.⁸⁴

Apesar dos exemplos acima expostos, a criação de agências especializadas no controle e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito trouxe discussões sobre a *competência* do CADE para julgar casos que envolvam tais mercados. Com efeito, tendo em conta que as empresas que atuam nesses ramos são *compelidas* a seguirem as regras expedidas pelas agências reguladoras, tem gerado dúvida a real existência de mercado em concorrência, porquanto inexistente suficiente liberdade de atuação.

No âmbito das atividades econômicas em sentido estrito, o Conselho tem adotado a postura de prestigiar a regulação feita pelos Poderes Públicos, declinando de intervir em casos onde a própria regulação é suficiente para a consecução do almejado pela Administração. No Processo Administrativo nº 08012.006525/2001-11, que envolvia a possível formação de cartel por parte de taxistas autorizatários da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - Infraero, no qual a entidade de representação da entidade lastrava sua defesa no cumprimento dos regulamentos expedidos pela referida empresa pública, o Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, ao acolher a alegação, asseverou que:

Conquanto justificável a iniciativa do Poder Público local em estabelecer disposições com o objetivo de regulamentar, orientar e fiscalizar determinados serviços de notório interesse coletivo, não é demais observar que tais disposições não podem ir além do estritamente necessário para garantir a consecução de seus objetivos; as disposições não podem limitar o exercício profissional por parte de quem esteja apto a prestar o serviço, a não ser por razões que justifiquem essa limitação. No caso da disposição em análise, não se pode vislumbrar de antemão que os táxis dos municípios contíguos não possam exercer suas atividades em ambas

⁸⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos**, 2ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 184.

as localidades, a não ser por razões de relevante interesse público que justifiquem uma tal limitação ao exercício da livre iniciativa.⁸⁵

Contudo, o CADE vem paulatinamente firmando entendimento no sentido de ser competente para a análise *a posteriori* dos *impactos concorrenciais* das medidas ocasionadas pela regulação estatal. A título de exemplo, pode-se citar o Processo Administrativo nº 080012.07443/99-17, no qual se investigava a licitude da cobrança de *taxa* por parte de certas empresas *autorizatárias* (fora, portanto, das normas de serviço público), do Porto de Santos para a liberação dos contêineres nos terminais alfandegários. Ao enfrentar as normas regulamentares aplicáveis, no caso, as resoluções da Agência Nacional dos Transportes Aquaviários – Antaq, entendeu o Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva que:

É evidente que a atividade judicante do CADE – que decorre de expressa determinação constitucional, quando determina que a lei reprimirá o abuso do poder econômico (art. 173, § 4º da CR/88) – não pode ficar condicionada à exigência ou não de regulação específica para determinada matéria. Certo é que ao CADE não é dado o poder de revisão dos dispositivos emanados pelo poder regulador, mormente quando tais dispositivos dizem respeito à regulação técnica e econômica de determinado setor. Não é o CADE um “revisor” de políticas públicas, porque, em assim agindo, estaria atentando contra os postulados básicos das legalidade e de toda a doutrina que informa a atividade dos órgãos reguladores. Entretanto, deparando-se com situações que possam configurar infrações à ordem econômica, é dever das autoridades antitruste investigar e julgar tais condutas.⁸⁶

Ademais, no recente julgamento do Ato de Concentração nº 08012.007452/2009-31⁸⁷, também sobre o mercado privado de portos, ao analisar-se a atribuição da Antaq para *fomentar a competição entre os operadores portuários*, prevista no artigo 27, inciso IV, da Lei nº 10.233/0, o CADE definiu três interessantes balizas com as quais é possível a autarquia atuar nos mercados regulados em geral:

⁸⁵ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Processo Administrativo nº 080012.006525/2001-11, Relator Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 18 de maio de 2005.

⁸⁶ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Processo Administrativo nº 080012.07443/99-17, Relator Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, voto-vista do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 27 de abril de 2005.

⁸⁷ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Ato de Concentração nº 080012.007452/2009-31, Relator Conselheiro César Costa Alves de Mattos, julgado em 19 de maio de 2010.

O afastamento do princípio constitucional não foi a política que prevaleceu no setor de portes, visto que o legislador ordinário, por meio da Lei nº 10.233/01, determinou que a ANTAQ deveria fomentar a concorrência entre os operadores do setor (...). Pelo exposto, entende-se que há uma real possibilidade de intervenção deste Conselho no presente caso, visto que: (i) o princípio constitucional da livre concorrência não foi afastado, (ii) é possível um dano concorrencial desnecessário para a consecução do objetivo de política pública perseguido e (iii) o CADE tem competência, por meio de diferentes formas, para zelar pela observância da Lei nº 8.884/94, incluindo a advocacia da concorrência.⁸⁸

Esse posicionamento também é compartilhado pelo Superior Tribunal de Justiça. Ao julgar um mandado de segurança no qual se pleiteava a declaração de ilegalidade de algumas portarias referentes à regulação do comércio de armas de fogo, assentou aquela Corte que mesmo nos casos de extrema regulação estatal, a *questão concorrencial deve ser analisada pelo CADE, instruindo demandas que suscitem as vicissitudes do Direito Econômico.*⁸⁹

Tal como nas atividades econômicas em sentido estrito reguladas pelo Poder Público, é imprescindível para uma análise científica da jurisprudência do CADE sobre sua atuação no julgamento de empresas que prestam serviço público uma abordagem em separado de cada serviço público em cotejo com sua específica regulação, em uma abordagem indutiva, ante a impossibilidade de tomada, *a priori*, de alguma teoria que se aplique a todos os casos, eis que inexistente esta no ordenamento brasileiro.

A legislação e jurisprudência dos Estados Unidos e da União Europeia já possuem larga tradição acerca do tratamento dos impactos da regulação no Direito da Concorrência, bem como no tratamento diferenciado das empresas que prestam o equivalente a nossos serviços públicos, utilizando diuturnamente o CADE as aludidas soluções estrangeiras para julgamento dos casos nacionais. Contudo, as soluções legislativas e judiciais norte-americanas e europeias, a seguir analisadas, devem sempre ser utilizadas no nosso ordenamento, como ressalta Eros Grau, sob

⁸⁸ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Ato de Concentração nº 080012.007452/2009-31, Relator Conselheiro César Costa Alves de Mattos, julgado em 19 de maio de 2010.

⁸⁹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MS nº 11.833, Primeira Seção, Relator Ministro Luiz Fux julgado em 22 de novembro de 2006.

a ótica institucional brasileira, levando em conta seus princípios econômicos, sob pena de se cair, pela via da autoridade concorrencial, em um experimentalismo político destacada da realidade nacional, vazio de valores e de discussão política.⁹⁰

2.2 O MODELO NORTE-AMERICANO: A *STATE ACTION DOCTRINE*

Como leciona Thomas Morgan, o acelerado desenvolvimento industrial ocorrido nos Estados Unidos da América, principalmente após a segunda metade do século XIX, que ocasionou a transformação de pequenas empresas em conglomerados cada vez maiores, fez com que muitos temessem e passassem a condenar a formação dos denominados *trusts*, ou seja, acordos de diversas empresas com a finalidade de dominar ou suprimir a livre concorrência⁹¹. Nesse ambiente foi que surgiu o *Sherman Act*, diploma legal aprovado pelo Congresso americano em 1890, que marcou o início do moderno direito da concorrência, ao dispor em sua seção primeira que todo contrato, combinação, com ou sem a forma de *trust*, que restrinja o comércio entre vários Estados da federação ou com outras nações é ilegal, proscrevendo, também, a criação de monopólio de parte do mercado.⁹²

Como no Brasil, contudo, o *Sherman Act* não se aplica a todos os agentes econômicos, podendo-se citar o exemplo da exclusão de incidência das normas anticoncorrenciais americanas do campo das atividades sindicais e organizações trabalhistas.⁹³ Inobstante a legislação antitruste tenha surgido no final do século XIX também para combater as denominadas *trade unions*, ou seja, os acordos formados

⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. **Agências Reguladoras, essas repartições públicas**, in SALOMÃO FILHO, Calixto (coord), *Regulação e Desenvolvimento*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 49.

⁹¹ MORGAN, Thomas. **Modern Antitrust Law and its Origins**, Saint Paul, West Publishing Company, 1994. p. 23.

⁹² *Ibidem*, p. 28.

⁹³ GRAU, Eros Roberto. **Lei Antitruste Brasileira e Sistema Portuário: Competência dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e do Conselho de Atividade Portuária**, in *O Estado, a Empresa e o Contrato*, p. 150.

entre organizações de trabalhadores,⁹⁴ a interpretação da legislação americana levou a exclusão da aplicação dessas regras ao segmento laboral, como assentado no caso *Brown et. al. v. Pro Football, Inc.* Nesse, uma associação de atletas alegava a violação ao *Sherman Act* por ter um clube de futebol fixado, unilateralmente, a remuneração dos esportistas de reserva. A Suprema Corte, por maioria, assentou que as leis trabalhistas referentes aos contratos esportivos regulam diretamente o tema, razão pela qual há, em tal matéria, imunidade às leis antitrustes. O tribunal entendeu, inclusive, que imunizar essas negociações trabalhistas das normas de concorrência facilita os acordos coletivos de demandas entre empregadores e empregados.⁹⁵

Contudo, desde há muito tempo vem a jurisprudência norte-americana decidindo que, mesmo nos casos de extrema concentração econômica, como nos monopólios naturais, são aplicáveis as normas antitrustes.⁹⁶ No julgamento dos processos *United States v. Terminal Railway Association of St. Louis*, no qual pretendia o governo americano a desconstituição de monopólio firmado entre empresas do ramo ferroviário que se associaram em face dos grandes custos ínsitos a esse ramo de transporte, a Suprema Corte assentou que *malgrado os instintos competitivos não formem, ordinariamente, situações de dominação de mercado, algumas aberrações concorrenciais podem e frequentemente aparecem em longo prazo nos casos de autorregulação por parte das empresas em comento.*⁹⁷

Especificamente quanto à regulação estatal e seus impactos na legislação antitruste, a jurisprudência americana faz, por conta do particular sistema federativo daquele país, distinções quanto ao tratamento desses atos normativos dependendo de sua origem, se federal ou estadual.⁹⁸ No âmbito federal, a Suprema Corte possuía firme orientação no sentido de inadmitir que entidades governamentais fossem acionadas judicialmente com base nas normas antitrustes. Com efeito, no

⁹⁴ RICCA-BARBERIS, Mario. **I Sindacati Industriali e la Giurisprudenza**, in *Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo*, volume I, parte primeira, Milão, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1903, p. 460.

⁹⁵ 518 U.S. 231 (1996).

⁹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Concorrência: Estudos e Pareceres**, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 39.

⁹⁷ 224 U.S. 383 (1912).

⁹⁸ JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições Regulatórias à Concorrência**, Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 40.

juízo do caso *Unites States v. Cooper Corp.*, decidiu o tribunal que, por não se encaixarem os Estados Unidos no conceito de *pessoa*, tal como exige a seção primeira do *Sherman Act*, não se pode admiti-lo como apto a pleitear judicialmente que uma empresa se abstenha de certas práticas com base na referida legislação.⁹⁹

Ocorre que, mesmo com a alteração legislativa verificada nos anos subsequentes a tal decisão, que permitiu ao governo americano ajuizar demandas com base na legislação antitruste, a Suprema Corte mantém-se firme no entendimento de que agências estatais não podem ser demandadas com base no *Sherman Act*, como decidido no paradigmático caso *Postal Service v. Flamingo Industries*. Tratava-se de uma ação ajuizada por uma empresa que fornecia envelopes ao *United States Post Service (USPS)* – ente estatal que detém o privilégio da distribuição de correspondência em território americano – contra o ato que tornara monopólio do ente federal a produção de tais envelopes. Decidiu o Tribunal que o *USPS* é imune às normas antitrustes por não ser este *pessoa*, afirmando o *Justice Kennedy* que, mesmo o Serviço Postal possuindo um alto grau de independência dos outros departamentos de Estado, ainda ele se mantém como parte do governo, razão pela qual são inaplicáveis as normas anticoncorrenciais.¹⁰⁰

Interessante questão relativa à regulação federal também decidida pela Suprema Corte refere-se à impossibilidade de se criar imunidades às normas antitrustes nos casos de prévia aprovação de um ato ensejador de condutas ilegais por um ente regulador de mercado. No caso *United States v. Radio Corporation of America* uma ação foi proposta pelo governo americano com base no *Sherman Act* no qual se buscava a nulidade da aquisição de alguns canais de televisão pela rede *NBC*. Em sua defesa, alegava a corporação que os atos tidos como ilegais não poderiam ser assim considerados tendo em vista que foram devidamente aprovados pelo órgão competente de regulação da comunicação, a *Federal Communications Commission*. Contudo, entendeu o Tribunal que, malgrado possa a referida comissão, em alguns casos, enfrentar, nas matérias de sua competência, eventuais questões

⁹⁹ 312 U.S., 600 (1941).

¹⁰⁰ 540 U.S. 736 (2004).

concorrenciais, tal tarefa não lhe é conferida pela legislação própria, razão pela qual não haveria se que falar, neste caso, em imunidade.¹⁰¹

Criou-se, a partir desse caso, a doutrina seguindo a qual as normas expedidas pelas agências reguladoras federais somente implicam o afastamento do *Sherman Act* quando o poder conferido aos referidos órgãos seja suficientemente profundo a ponto de se identificar o intuito de substituição no setor do sistema concorrencial. É a denominada *Persuasive Power Doctrine*, que, apesar de não uniforme, é aplicada em muitos setores da economia americana, como o de seguros, agricultura, transporte e energia.¹⁰²

Já quando se trata de regulações provenientes de nível estadual, o entendimento da Suprema Corte é diverso. O primeiro julgamento a tratar desse tema foi o caso *Parker v. Brown*, julgado em 1943, no qual um produtor de uvas-passas questionou judicialmente, lastrando sua pretensão no *Sherman Act*, a criação, pelo Estado da Califórnia, de diversas limitações e fixações de preços de diversos produtos agrícolas, política essa iniciada para conter as perdas da Grande Depressão de 1929¹⁰³. As alegações, contudo, foram rejeitadas pelos magistrados, ao fundamento de que os Estados federados são *soberanos* para determinar suas políticas públicas no campo econômico, mesmo que esses atos venham a impactar na concorrência nos seguintes termos:

Não encontramos nada na dicção do *Sherman Act* ou na sua história algo que sugira que seu objetivo seja conter um Estado ou seus agentes ou representantes de atividades dirigidas por seu legislatura. Em um sistema dual de governo em que, segundo a Constituição, os Estados são soberanos e onde apenas o Congresso pode constitucionalmente subtrair sua autoridade a um propósito não expresso para anular o controle do Estado sobre os seus funcionários e agentes, não foi do ânimo da lei retirar tal poder do Congresso. O *Sherman Act* não faz nenhuma menção ao Estado como tal, e não dá nenhuma indicação de que a Lei tem a intenção de conter a ação do Estado ou a ação oficial dirigida por um Estado. A lei aplica-se a "pessoas", incluindo corporações (§ 7), e autoriza o ajuizamento de ações por pessoas e empresas (§ 15). Um Estado pode ajuizar uma ação de indenização sob ele, *Georgia v Evans*, 316 US 159, mas os Estados Unidos não podem, *United States v Cooper*

¹⁰¹ 358 U.S. 334 (1959).

¹⁰² JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições Regulatórias à Concorrência**, Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 150.

¹⁰³ MORGAN, Thomas. **Modern Antitrust Law and its Origins**, Saint Paul, West Publishing Company, 1994. p. 768.

Corp, 312 US 600. Conclusões não derivadas do significado literal das palavras "pessoa" e "empresa", desconsideram a história legislativa do estatuto.¹⁰⁴

Ademais, a imunidade às normas antitruste é estendida quando a regulação provém de tribunais superiores estaduais. Essa orientação foi fixada no caso *Hoover v. Ronwin*, no qual um cidadão formado no curso de Direito que fora reprovado no teste de admissão para exercer a profissão de advogado ajuizou uma ação contra a entidade representativa da classe por entender que a avaliação, capitaneada pela Suprema Corte do Arizona, era ilegal por violar o Sherman Act, tendo em vista que a referida regulação *reduziria artificialmente o número de advogados, criando, assim, um monopólio*. Contudo, seguindo a doutrina lançada no caso *Parker*, entendeu a Suprema Corte pela improcedência do pedido nos seguintes termos:

Nos termos do decidido no caso *Parker*, quando um legislador estadual adota uma lei, isso constitui a própria ação do Estado e, *ipso facto*, isso o isenta da incidência das leis de defesa da concorrência. A Suprema Corte estadual, quando atuando em uma função legislativa, ocupa a mesma posição como a de um legislador estadual para fins da *State Action Doctrine*. Quando a atividade em causa não é ligada diretamente ao legislador ou corte suprema, mas é realizada por terceiros nos termos da autorização do Estado, deve haver a demonstração que o comportamento posto é de acordo com uma política de Estado articulada para substituir a concorrência pela regulação, e o grau em que o legislativo estadual ou supremo tribunal supervisiona o seu representante podem ser relevantes para a investigação. No entanto, se a conduta impugnada é, de fato, de o legislador estadual ou corte suprema, as questões de "articulação clara" e "supervisão ativa" não precisam ser abordadas.¹⁰⁵

Assentou-se, assim, que tanto as leis estaduais como as decisões das cortes supremas estaduais recebem uma automática imunidade para as condutas anticompetitivas que são por elas autorizadas, criando-se, assim, o que a doutrina passou a denominar *State Action Doctrine*¹⁰⁶, claramente ligada aos ideais federativos norte-americanos.

¹⁰⁴ 317 U.S. 341 (1943).

¹⁰⁵ 466 U.S. 588 (1984).

¹⁰⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos**, 2ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 169.

Os pressupostos para a concessão dessa importante isenção foram refinados no julgamento do *writ California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal Aluminium Inc.*¹⁰⁷ Entendeu a Suprema Corte, no caso, que a imunidade decorrente da regulação estatal perante a ordem concorrencial somente ocorre quando existentes dois fatores: (i) a decisão de regulamentação seja expedida em consequência de uma política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação e (ii) a existência de supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas pelos órgãos reguladores, passado esses dois critérios, posteriormente a se denominar *Midcal test*. O último, relativo à efetiva supervisão estatal, é uma importante ferramenta para os juízes aferirem a relevância da política pública realizada pelo Estado, apta a ensejar a ruptura do segmento com as regras concorrenciais.¹⁰⁸

2.3 O MODELO DA UNIÃO EUROPEIA: A TUTELA SERVIÇOS DE INTERESSE GERAL

A legislação originada das várias comunidades de Estados que atualmente formam a União Europeia, em matéria de direito da concorrência, tal como nos Estados Unidos, foi lastreada no esforço de aumento da liberdade dos agentes econômicos privados, buscando a eliminação de práticas restritivas de liberdade comercial e restringir o abuso do poder econômico.¹⁰⁹ Entretanto, a peculiar forma de organização daquela instituição supranacional, bem como as diferenciações quanto ao tratamento dos serviços públicos e quanto às regulações nacionais, faz com que o ordenamento antitruste da União Europeia em muito se distancie do norte-americano.

¹⁰⁷ 445 U.S. 97 (1980).

¹⁰⁸ TAUFICK, Roberto Domingos. **Imunidade *Parker v. Brown*: releitura das doutrinas *state action* no ordenamento jurídico brasileiro**, in Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, volume 3, nº 2, dezembro de 2009, Brasília, BCB, p. 96.

¹⁰⁹ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos Fundamentais e Direito Comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias**, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2000, p. 193.

Como demonstra Waldírio Bulgarelli, a primeira metade do século XX foi marcada pelo largo estímulo das potências europeias à concentração de poder econômico, considerando, inclusive, a doutrina alemã da época plenamente lícita, ante a liberdade de indústria e comércio, a formação de cartéis.¹¹⁰ Contudo, após a II Guerra Mundial, principalmente a Bélgica, a Alemanha, a Holanda, a Espanha e a Inglaterra passaram a extinguir essas políticas, passando a privilegiar a livre concorrência e a condenar o abuso de posições dominantes.

Mas foi somente com a assinatura da primeira convenção com vistas a formação de um mercado comum europeu, o Tratado de Roma de 1957, que se buscou responder à vontade daquelas nações em modificar o contexto histórico e político pretérito. Foi a partir de uma profunda transformação no sistema econômico, que buscava a criação de um mercado comum integrado onde as empresas tivessem liberdade para competir,¹¹¹ objetivo este somente alcançado pela *delegação de parte da soberania* dos Estados-membros a uma comunidade econômica supranacional, que o modelo concorrencial moderno se fixou na Europa.¹¹²

Aliás, o regime de livre concorrência estava entre os principais objetivos propostos pela referida convenção, constando em seu *consideranda*, bem como positivado, após a renumeração conferida pelo Tratado de Amsterdã de 1997, no artigo 81º, o qual acoima de incompatíveis com o mercado comum todos os acordos entre empresas e todas as práticas concentracionistas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e *que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum.*¹¹³ A parte final do artigo evidencia uma das mais marcantes diferenças entre o direito da concorrência norte americano e o europeu: se este exige um *objetivo de falsear a concorrência*,

¹¹⁰, BULGARELLI, Waldírio. **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**, 3ª Edição, São Paulo, Atlas, p. 44.

¹¹¹ FARIA, Werter Rotunno. **Constituição Econômica: Liberdade de Iniciativa e Livre Concorrência**, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990 p. 87.

¹¹² Para uma crítica ao caráter *supranacional* da legislação das comunidades europeias formadas a partir da Declaração *Schuman* até a assinatura do Tratado de Maastricht, de 1993, cfe. QUADROS, Fausto de. **Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público: contributo para o estudo da natureza do Direito Comunitário Europeu**, Lisboa, Almedina, 1991, pgs. 129-147.

¹¹³ TRATADO de Roma, de 1957, *in* **Tratados que instituem as Comunidades Europeias** Luxemburgo, SPONCE, 1987, p. 272.

abusando-se de posição dominante de mercado, aquele é centrado na proibição de qualquer forma de *acordo*.¹¹⁴

Ademais, a citada convenção também trouxe grave limitação à atuação dos Estados nos seus auxílios e subvenções que tenham por consequência desequilibrar a concorrência no mercado comum, somente admitindo a intervenção estatal em hipóteses muito restritas, assim elencadas no artigo 87º do Tratado ainda em vigor:

1. Salvo disposição em contrário do presente Tratado, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.

2. São compatíveis com o mercado comum:

a) Os auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos;

b) Os auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários;

c) Os auxílios atribuídos à economia de certas regiões da República Federal da Alemanha afetadas pela divisão da Alemanha, desde que sejam necessários para compensar as desvantagens económicas causadas por esta divisão.¹¹⁵

A previsão acima transcrita deu ensejo à importante decisão do Tribunal de Justiça Europeu acerca da limitação das políticas estatais que cerceiem a livre concorrência, no caso *Consortio Industrie Fiammiferi v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*,¹¹⁶ julgado em setembro de 2003. No processo, um consórcio de empresas que detinha o monopólio comercial de fabricação de fósforos, conferido pelo governo italiano em 1923, perdera sua posição de único produtor após algumas alterações legislativas ocorridas em 1993. Contudo, malgrado a abertura de do mencionado mercado à concorrência, evidenciou-se nos anos seguintes que o referido segmento industrial se fechara somente às antigas participantes do consórcio, mercê da política concentracionista que ocorrera em tal

¹¹⁴ FARIA, Werter Rotunno. **Constituição Econômica: Liberdade de Iniciativa e Livre Concorrência**, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990 p. 111.

¹¹⁵ TRATADO de Roma, de 1957, *in* **Tratados que instituem as Comunidades Europeias** Luxemburgo, SPONCE, 1987, p. 273.

¹¹⁶ C-198/01, [2003] ECR I-8055.

campo. Após a denúncia de um produtor alemão de fósforos, queixoso de tal situação, decidiu a autoridade concorrencial italiana que, apesar de serem permitidas as práticas de concentração antes da extinção do monopólio, as regras comunitárias de concorrência impediam o posicionamento dominante da empresa. Assim, malgrado ter alegado o consórcio que tais práticas eram lícitas e, inclusive, encorajadas pelo governo italiano, decidiu a Corte Europeia, em grau recursal, que as normas nacionais eram nulas, criando-se jurisprudência no sentido de que as empresas na União Europeia somente podem se defender de acusações de violação de normas antitrustes comunitárias por meio de alusão a políticas nacionais que as compilam ou autorizem a determinada prática. É impositiva, dessa forma, a análise do momento em que são realizadas as condutas, se antes ou depois da decisão de extinção da política, sendo que, neste último caso, decidir-se-á pela nulidade das operações anticoncorrenciais.¹¹⁷

O caso *Fiammiferi* traz a tona o conceito de *monopólio* que, como leciona André de Laubadère, é um termo tanto econômica como juridicamente indeterminado, embora possa se definido como a situação de uma empresa que se acha como uma única vendedora no mercado.¹¹⁸ O doutrinador francês ainda refere que a formação de monopólios por parte do Estado seu dá por várias razões, como para substituir a percepção de impostos (monopólio fiscal), simples razões políticas, como, por exemplo, a emissão da moeda, motivos de conveniência da Administração, sendo exemplo o monopólio dos papeis de imprensa e por constituir a atividade um monopólio natural, tal como a energia elétrica e de gás.¹¹⁹

Além dessa alta proteção da concorrência incidente sobre as atividades econômicas, a legislação europeia também estende as normas antitrustes ao segmento dos serviços públicos, em busca da maior eficiência de tal atividade. Tal fato ensejou a transposição dos serviços públicos à *la française*, fora do mercado, para o serviço público do mercado e da concorrência.¹²⁰ Ou seja, mesmo os serviços de interesse econômico geral devem se submeter às regras de concorrência, desde

¹¹⁷ JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições Regulatórias à Concorrência**, Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 154.

¹¹⁸ LAUDADÈRE, André de. **Direito Público Econômico**, Coimbra, Almedina, 1985, p. 247.

¹¹⁹ *Idem*.

¹²⁰ ARAÚJO, Gilvadro. **O CADE na análise da municipal em Manaus: concorrência dos serviços públicos: o exemplo da consulta sobre a concessão do transporte**, in Publicação da Escola da AGU: Debates sobre o Direito da Concorrência, Brasília, 2001, p. 212.

que tal regime não afete a atividade a que foi confiada à prestadora de serviços. Aliás, o regulamento atual de tais atividades está positivado no Tratado de Lisboa, assinado pelos Estados-Membros em 2007, no qual, além de manter o princípio pelo primado da concorrência, possui um novo protocolo apartado que traz para o ordenamento regras relativas ao nível de qualidade de prestação dos serviços e ao acesso universal e direito dos utilizadores.¹²¹

O tratamento dos serviços de interesse geral traz, basicamente, três grandes questionamentos perante o ordenamento europeu: (i) a discussão acerca da possibilidade de concessão de isenções específicas para acordos que, apesar de prejudicarem a concorrência, beneficiam de tal forma a sociedade em geral que chegam a compensar as perdas anticoncorrenciais, (ii) a questão da legitimidade de manutenção de serviços públicos e (iii) a eventual ilegalidade dos financiamentos estatais que certas atividades econômicas demandam.

O primeiro ponto – acerca das isenções – é plenamente admitido no sistema europeu, sendo até mesmo estimulado pela União. A já vista proibição de acordos entre empresas que tenham por efeito restringir a concorrência tem uma única exceção, a de quando tais acordos criem benefícios suficientes para compensarem os efeitos anticoncorrenciais, conforme o artigo 81º, apartado 3º do Tratado de Roma. Como as referidas isenções deveriam, por força do tratado, ser solicitadas pelo agente econômico interessado em prestar tais atividades à Comissão Europeia, esta, em face do grande número de pedidos, passou a conceder *isenções em bloco* para atividades cujas categorias demonstram que o prejuízo à concorrência eventualmente causado é suplantado pelos benefícios trazidos ao mercado.¹²² Exemplo maior foi a edição do regulamento nº 330/2010, que presumiu que, quando a quota parte de cada acordo entre empresas não ultrapassa 30% do mercado relevante, conduzem a uma melhoria da produção e distribuição e proporcionam aos consumidores uma parte equitativa dos benefícios daí resultantes.¹²³

¹²¹ TRATADO de Lisboa, de 2007, *in* **Tratado de Lisboa que Altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que Institui a Comunidade Europeia**, Luxemburgo, SPONCE, 2008, p. 158.

¹²² FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**, 6ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 207.

¹²³ Regulamento (UE) 330//2010 da Comissão Europeia de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101º, nº 3º, do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas correlatas.

Quanto ao segundo ponto, a Corte Europeia, no julgamento do caso *Procureur du Roi v. Paul Corbeau*,¹²⁴ analisou interessante questão relativa à *licitude da manutenção* de serviço de interesse geral que extrapolariam o necessário para a consecução dos seus objetivos regulatórios. Tratava-se o caso de denúncia ofertada pelo órgão de persecução penal belga contra um empresário que prestava serviço de recolhimento de cartas no domicílio de clientes e de distribuição desse correio até o meio-dia seguinte, dentro de determinada área territorial. A mencionada prática, em face do monopólio postal conferido pela legislação à *Régie des Postes*, pessoa jurídica pública, caracterizava delito de quebra de tal privilégio, de forma similar ao tipo penal brasileiro que incrimina a exploração por particulares do monopólio postal da União, como previsto no artigo 42 da Lei nº 6.538/78. Entendeu o Tribunal que, sem embargo de ser assente a possibilidade de uma empresa ser beneficiária de monopólio legal de parte substancial de um mercado relevante, como autorizado pelas regras acerca dos serviços de interesse geral, a atividade não pode retirar o efeito útil da disposição acerca da livre concorrência e livre iniciativa determinados pelos tratados europeus.

O Tribunal reconheceu que a *Régie des Postes* está encarregada da gestão de um serviço de interesse econômico, que mescla atividades rentáveis e não rentáveis, sendo plenamente lícita a exclusão de concorrência dos setores lucrativos da atividade para que a política estatal não seja deficitária. Contudo, decidiu-se que a supressão não é justificável na medida em que retira da iniciativa privada serviços específicos, dissociáveis do interesse geral, que satisfazem necessidades específicas e exigem prestações suplementares, como as atividades empreendidas pelo investigado, porquanto identificado pelo Tribunal como espécie de serviço distinto do *express mail*, de entrega comum de correspondências, eis que com maior valor agregado que o serviço postal, sendo marcado pela maior rapidez de entrega e flexibilidade de mudança de rotas e destinos durante o transporte. Afirmou a Corte, também, que o ônus de demonstrar que o regime de livre concorrência ameaça a prestação de serviço universal é da empresa detentora do monopólio, e não do competidor.¹²⁵

¹²⁴ C-320-91 [1993] ECR I-2533.

¹²⁵ GABAN, Eduardo Molan. **Regulação do Setor Postal**, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 174.

A decisão *Corbeau* pode ser relacionada com o interessante conceito de *preço público* desenvolvido por Luigi Einaudi e trazida ao Brasil por Aliomar Baleeiro¹²⁶. Segundo tal teoria, o déficit das empresas que prestam serviço público, claramente observável no segmento postal no caso dele atuar somente em áreas que não interessam à iniciativa privada, é complementado pelas rendas hauridas com impostos, com alto lucro sobre a coisa vendida ou com a exploração lucrativa de atividade diversa. Contudo, a Corte Europeia decidiu que o preço público praticado não interferiria no caso porquanto extravasaria da competência do governo belga a exploração da atividade de correio porta-a-porta, como empreendido pelo acusado.

Outro importante julgamento que sinaliza a necessidade de redução dos monopólios legais mantidos pelos Estados-membros refere-se a uma investigação aberta pela Comissão Europeia no ano de 2008 para apurar a legalidade da legislação da República Eslovaca que expandiu o seu privilégio postal para outras atividades.¹²⁷ No caso, a empresa detentora do monopólio no país, a *Slovenska Posta*, após autorização legislativa concedida em 2008, passou a operar também no mercado de *hybrid mail*, serviço de correspondência transmitida eletronicamente para o prestador de serviço, o qual a imprimia, colocava em um envelope e a entregava ao destinatário, atividade esta que em 2004 havia sido delegada a particulares. Apesar da argumentação da estatal no sentido da necessidade de ampliação dos limites da reserva legal para atender a prestação do serviço universal geral, a Comissão entendeu que tais projeções não eram confiáveis nem factíveis, decidindo pela ilegalidade da expansão.¹²⁸

Já quanto ao terceiro ponto – ilegalidade dos financiamentos estatais –, é admissível, segundo a interpretação do Tribunal de Justiça Europeu, que os Estados-membros indenizem certas empresas que prestem serviço público, em detrimento dos demais agentes do mesmo ramo que não prestem tal atividade. Esse entendimento foi firmado no julgamento do caso *SIC – Sociedade Independente de*

¹²⁶ BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**, 15ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 137.

¹²⁷ Decisão da Comissão de 7 de outubro de 2008 relativa a um processo nos termos do n.º 3 do artigo 86.º do Tratado CE referente à legislação postal eslovaca em matéria de serviços de correio híbrido (Caso COMP/F-1/39.56).

¹²⁸ GABAN, Eduardo Molan. **Regulação do Setor Postal**, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 174.

Comunicação S.A. v. Comissão das Comunidades Europeias,¹²⁹ no qual uma grande rede privada de comunicação questionava as subvenções pagas pela República Portuguesa à RTP – Radiotelevisão Portuguesa S.A. A RTP, empresa outrora composta exclusivamente por capital público que, após sua transformação em sociedade anônima, continuou a receber tratamento privilegiado quanto a encargos de registro, investimento e dotações financeiras a título de indenização pela prestação de serviços públicos, o que, segundo o grupo econômico, violaria as normas do Tratado de Roma. Entretanto, os argumentos foram rejeitados em face do reconhecimento pelo Tribunal da legalidade das compensações realizadas pelo Estado Português, por ter a RTP de manter a difusão em todo o território nacional, o que acarreta um déficit para a empresa, mormente na manutenção do serviço nas regiões insulares de Portugal, bem como a manutenção de emissões religiosas e patrocínio de fundações assistenciais.

Nesse contexto, o Tribunal Europeu também possui jurisprudência na qual chancelou política estatal da França que tributava agentes econômicos de forma diferenciada com a finalidade de reequilibrar a concorrência em tal mercado, como decidido no caso *Ferring AS v. Agence centrale des organismes de sécurité sociale*¹³⁰. Nesse, uma multinacional questionava o fato da legislação francesa ter tributado somente companhias distribuidoras de medicamentos, excluindo da exação os chamados grossistas-distribuidores, que atuam no mesmo mercado de venda de fármacos, mas que possuem certas obrigações de serviço público, porquanto devem sempre manter estoques de medicamentos para pronta distribuição em hospitais da rede pública, imposição inexistente para as demais empresas. A Corte, apesar de reconhecer que se tratava de inequívoco auxílio estatal a certos agentes econômicos, o que seria vedado, em princípio, pelo Tratado de Roma, a não sujeição dos grossistas-distribuidores ao referido imposto foi considerada a contrapartida das prestações efetuadas ao Estado e, por isso, uma medida que não constitui violação das leis comunitárias.¹³¹

¹²⁹ T-46-97 [2000] ECR II-2129.

¹³⁰ C-53/00 [2001] ECR I-9099.

¹³¹ MATOS, Nuno Albuquerque. **Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral: Revista ao Acórdão Altmark**, Campo Grande, Revista de Ciências Jurídicas e Económicas, nº 4, 2012, p. 101.

Conclui-se, assim, que, embora os ordenamentos europeu e norte-americano sejam extremamente rígidos quanto a práticas injustas de concorrência, vem-se admitindo exceções de algumas atividades a esses ordenamentos, principalmente nos serviços considerados essenciais, nos quais haja uma forte política de proteção e universalização de tais serviços, mesmo que estes venham a desequilibrar a concorrência. Protege-se, dessa forma, a *política econômica* determinada para certas atividades, em detrimento do sistema antitruste, perspectivas estas compartilhadas pelas autoridades concorrenciais brasileiras, a ser analisadas no capítulo seguinte.

3 AS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS PERANTE O CADE

3.1 OS SERVIÇOS DE GÁS NATURAL

A propriedade do subsolo, de acordo com a tradição constitucional brasileira somente interrompida no período em que vigorava a Constituição de 1891, pertence à União. Como o aproveitamento das riquezas subterrâneas implicam num potencial conflitivo muito elevado, mormente envolvendo o proprietário e o possuidor do solo, além dos impactos no meio ambiente, afetando, inclusive, atividades como a agricultura, a pecuária, o extrativismo vegetal e animal, deve essa ser realizada sob intensa fiscalização.¹³²

A exploração, pesquisa e lavra do petróleo e do gás natural, dois dos maiores patrimônios subterrâneos, são monopólios concedidos ao Poder Público Federal, por expressa determinação do artigo 177 da Constituição. Mesmo com a abertura à participação de empresas privadas na exploração de tais atividades, determinada pela Emenda Constitucional nº 9/95, a União continua proprietária exclusiva dos bens do subsolo. O que foi alterado pela mencionada reforma constitucional foi somente a possibilidade de particulares explorem as atividades relacionadas com petróleo e gás natural mediante *participações governamentais*, representadas por bônus de assinatura, *royalties*, participação especial e pagamento pela ocupação ou retenção da área.¹³³

Já o serviço público de transmissão do gás natural é de competência dos Estados-membros, por expressa previsão do artigo 25, § 2º, da Constituição. Essa atividade, ademais, pode ser explorada por concessão e, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 5/95, não exige mais a essa delegação à empresa estatal, tal como previsto na dicção original do artigo. Com a finalidade de maximizar a

¹³² CAMARGO. **Direito Econômico, Direitos Humanos e Segurança Coletiva**, Porto Alegre, Nuria Fabris Editora, 2007, pgs.90-91.

¹³³ BORGES, Iliá Freira Fernandes; MARTINS, Luciana Queiroz de Melo Martins; CASTRO, Lydia Maria Cruz de. **Direito Ambiental Aplicado à Indústria do Petróleo e Gás Natural**, Fortaleza, Editora Fundação Konrad Adenauer, 2004, p. 201.

utilização da infraestrutura dos gasodutos, revestiu-se tal serviço em típico *monopólio natural*, assim elencando Patrícia Sampaio as razões para a criação desse segmento com tal privilégio:

(i) existem barreiras à entrada nesse mercado, dados os custos afundados dos transportes e os elevados investimentos necessários à instalação de gasodutos, (ii) estão presentes economia de escala, o que aponta para a ineficiência de haver concorrência entre transportadores que prestem serviço em uma mesma área, (iii) o custo do gasoduto é relativamente proporcional ao diâmetro do tubo e à máxima pressão sob a qual se pode operar, enquanto que a capacidade de transporte é proporcional ao seu diâmetro ao quadrado e (iv) a existência de um único gasoduto utilizado por vários produtores faz com que se reduza o risco de um corte na transmissão em caso de queda de um dos produtores.¹³⁴

Especificamente quanto à regulação da concorrência em tal setor, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP exerce importante controle dos atos de concentração potencialmente lesivos praticados pelas empresas que exploram esse setor, tal como previsto no artigo 1º, inciso IX, da Lei nº 9.478/97, que determina ao órgão proteger a livre concorrência em tal segmento. Outrossim, o atual Regimento Interno da ANP, baixado pela Portaria ANP nº 69/2011, determina à Coordenadoria de Defesa da Concorrência da agência que emita pareceres sobre todos os *processos de cisão, fusão, transformação, incorporação, redução do capital da empresa concessionária de transporte de gás natural ou a transferência de seu controle acionário*, a serem aprovados pela Diretoria Colegiada.

A ANP atua, assim, de duas maneiras (i) de forma *definitiva*, quando a apreciação de contratos de aquisição que escapam à competência do CADE por envolverem empresas com faturamento inferior ao exigido para submissão obrigatória à autoridade concorrencial (atualmente, quatrocentos milhões, na forma do artigo 88 da Lei nº 12.529/11) e (ii) de forma *a priori*, nos casos em que sua competência é compartilhada com o CADE, como determinado pelo já analisado artigo 10 da Lei nº 9.478/97. Além disso, o órgão utiliza na apreciação dos atos de

¹³⁴ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação da atividade de petróleo e do gás natural no Brasil** in GUERRA, Sérgio (Org.), *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*, São Paulo, Editora da Fundação Getúlio Vargas, 2012, p. 313.

concentração submetidos à sua atribuição o *Herfindahl-Hirschman Index – HHI*, índice de avaliação do nível de associação entre empresas largamente utilizado pelas autoridades concorrenciais norte-americanas.¹³⁵

No setor, são levadas à autoridade concorrential principalmente três questionamentos: (i) se o serviço de comercialização de gás natural está abarcado pelo monopólio confiado aos Estados-membros, (ii) a atuação do CADE em casos de inexistência de regulação do mercado de comercialização de gás e (iii) a possibilidade de conduta anticompetitiva na fixação de tarifas pelas concessionárias de tal serviço público.

Quanto ao primeiro ponto, um dos casos mais importantes apreciados pelo CADE foi o julgamento do Ato de Concentração nº 08012.002455/2002-11.¹³⁶ Nesse, através da Lei Estadual nº 5.192/2001, a Assembleia Legislativa do Piauí autorizou a constituição de uma sociedade de economia mista, denominada GASPIISA, para a exploração da distribuição e comercialização de gás natural no referido Estado. A formação acionária da empresa ficou distribuída em 51% com o Estado do Piauí, 24,5% com a Gaspetro, companhia subsidiária da Petrobrás S.A. que atua na lavra do gás natural, e o restante com a CS Participações Ltda., uma *holding* que possui ações em diversas empresas do setor energético.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico, ao lançar parecer no caso, observou que quatro atividades econômicas estão compreendidas no trajeto do gás natural até os consumidores finais: (i) a produção, potencialmente competitiva, em face das alterações da Emenda Constitucional nº 9/95, (ii) o transporte, (iii) a distribuição, ambos monopólios naturais, por força do mandamento constitucional, e (iv) o consumo, potencialmente competitivo, também potencialmente competitivo em face da referida reforma constitucional.¹³⁷

Com base em tal divisão e primando pela livre concorrência em setores não abarcados pelo comando do artigo 25, § 2º, da Constituição, o Plenário do CADE

¹³⁵ AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCMBUSTÍVEIS. **Análise Antitruste para Atos de Concentração**, Brasília, 2014, p. 5.

¹³⁶ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Ato de Concentração nº 08012.002455/2002-11, Relator Conselheiro Augusto Castellanos Pfeiffer, julgado em 6 de agosto de 2003.

¹³⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO. Parecer sobre o Ato de Concentração nº 08012.002455/2002-11, Secretário Cláudio Monteiro Considera.

estabeleceu *um limite ao monopólio formado pela legislação estadual*, impondo à empresa estatal a atuação em competição com os demais atores privados na comercialização do gás. Nas palavras do relator:

Nunca é demais lembrar que, não obstante a norma do artigo 175 e, no caso em questão, do artigo 25, § 2º, também da Constituição Federal, prevê a livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico como normas a serem obedecidas (art. 170, IV e art. 173, § 4º). Nesse contexto, a liberdade do Poder Público, em estabelecer a concessão de serviço público (no caso em análise, pertencente aos Estados Federados, por força do já citado art. 25, § 2º, da CF) não pode ser tida como absoluta, devendo ser preservada, sempre que possível, a livre concorrência.¹³⁸

Interessante questão que também envolvia o mercado de *comercialização de gás natural* foi levantada no Ato de Concentração nº 08012.000035/2000-68¹³⁹. Tal procedimento foi instaurado para submissão do contrato de concessão para distribuição de gás natural na região nordeste do Estado de São Paulo, envolvendo as empresas vencedoras da licitação proposta para a região. Após aprovar o ato quanto à parte de distribuição do gás natural, por se constituir em monopólio natural, o Conselheiro Relator fez importante ponderação acerca da necessidade de regulamentação, no futuro, da concorrência no mercado de comercialização de gás:

Minha preocupação, repito, é com a concentração horizontal regional na comercialização para os consumidores livres quando ela passar a existir no futuro, estando, porém, as concessionárias distribuidoras, mas também, comercializadoras, com suas posições garantidas no mercado relevante da comercialização pelos contratos de concessão firmados de forma descentralizada com os Estados (...) Ao que consta, a atuação do agente *comercializador* de gás, enquanto categoria, não está regulada nem em nível federal nem em nível estadual, em razão mesmo da novidade do mercado em formação e da ainda inexistente preocupação com a concentração horizontal. Cabe ao CADE e à SDE, nos seus papéis preventivos proporem medidas, por se tratar de questão eminentemente concorrencial¹⁴⁰.

¹³⁸ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Ato de Concentração nº 08012.002455/2002-11, Relator Conselheiro Augusto Castellanos Pfeiffer, julgado em 6 de agosto de 2003.

¹³⁹ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Ato de Concentração nº 08012.000035/2000-68, Relator Conselheiro Mércio Felsky, julgado em 14 de março de 2001.

¹⁴⁰ *Idem*.

O julgamento mais recente realizado pelo CADE quanto ao mercado de distribuição de gás refere-se ao Ato de Concentração nº 08012.006171/2010-03¹⁴¹, no qual a autarquia revela um refinamento quanto ao tratamento das interfaces entre regulação e concorrência. Tratava-se o caso de apreciação de compra pela Gaspetro da totalidade das ações da concessionária de distribuição de gás do noroeste do Estado de São Paulo, denominada GDB S.A. Formar-se-ia, por tal operação, desse modo, uma integração vertical do segmento econômico naquela região, porquanto a Gaspetro passaria não só a transmitir como a distribuir, ainda que em concorrência, o gás. Atenta a tal situação, a Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo - Arsesp compareceu perante a autoridade concorrencial e sustentou que, caso aprovado o contrato em apreço, *ao praticar preços mais vantajosos a consumidores de sua área de concessão, por dispor de condições diferenciadas na cadeia de produção e distribuição, a Gaspetro poderia estimular consumidores a migrarem para sua área de concessão, em desfavor das demais concessionárias de outras regiões do Estado.*

O CADE, ante a evidente possibilidade de abuso de posição dominante não só no Estado de São Paulo, mas, em face de participação da Gaspetro em outros entes federados, criou uma articulação em conjunto com a referida agência reguladora em prol da manutenção da concorrência no setor. Estabeleceu-se, ao aprovar com reservas o contrato, o envio, pela Petrobrás à agência reguladora paulista e o CADE dos contratos firmados entre a estatal e concessionárias de transmissão de gás e consumidores livres. Justificou o relator que:

Entendo que as preocupações levantadas pela Arsesp justificam uma intervenção *ex ante* muito específica e pontual, no sentido de aprimorar os mecanismos de monitoramento e ampliar o leque de informações apresentados, até mesmo porque não existe evidência concreta e definitiva de favorecimento da SBD; Em outras palavras, incumbe ao SBDC, no caso concreto, criar condições para que as agências reguladoras exerçam com mais eficiência as suas competências estruturantes e aperfeiçoar mecanismo de monitoramento do comportamento dos agentes, de modo que, se alguma conduta anticompetitiva vier a ser efetivamente implantada, ela possa ser objeto de reação tempestiva e contundente.

¹⁴¹ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Ato de Concentração nº 08012.006171/2010-03, Relator Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, julgado, após apreciação dos embargos de declaração, em 9 de fevereiro de 2011.

Quanto à política tarifária das empresas concessionária de transmissão de gás natural e a possibilidade de ela se revestir em ilícito concorrencial, o CADE possui paradigmático precedente, o Processo Administrativo nº 08012.006207/98-48¹⁴², no qual foi utilizado, pela primeira vez no segmento de gás natural a *State Action Doctrine*. O caso se originou de denúncia oferecida por algumas indústrias contra concessionárias de transporte de gás natural do Estado do Rio de Janeiro, a Riogás S.A. e a CEG, por estarem estas abusando de seu poder de mercado ao praticarem aumentos ilegais na tarifa cobrada por sua atividade.

Ao julgar a demanda, o CADE aplicou o *Midcal test*. Quanto ao primeiro quesito do teste, referente à existência de política pública de substituição da concorrência pela regulação, entendeu o relator que somente por meio da regulação se resolveria eventual impasse concorrencial, por se tratar de monopólio natural:

Como aqui, por definição, a solução concorrencial não cabe, já que não se pretende mitigar o poder de mercado do monopolista natural pelo aumento da concorrência, a solução para se obter um comportamento socialmente desejável da firma no mercado é a regulação. A regulação pretende acrescentar restrições de atuação para a firma, com a intenção de alterar o seu próprio objetivo como empresa e com isso fazê-la se comportar espontaneamente no interesse público. No caso do monopólio natural, as restrições regulatórias idealmente pretenderão manter uma única firma fornecendo a demanda ao custo mais baixo possível e ao mesmo tempo cerceando a sua capacidade de explorar o poder de mercado ao seu alcance.¹⁴³

Levando em conta que os preços tidos como oriundos de posição abusiva de mercado foram fixados dentro dos parâmetros delimitados pela Agência Reguladora de Serviços Públicos do Rio de Janeiro – ASEP, cumprindo-se, assim, a segunda parte do *Midcal test*, que determina a efetiva supervisão da atividade, o CADE decidiu arquivar a representação, eis que as pretensas *condutas anticoncorreciais foram realizadas na obediência estrita da regulamentação sobre o assunto*,

¹⁴² BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Processo Administrativo nº 08012.006207/1998-48, Relator Conselheiro Afonso de Melo Franco Neto, julgado em 31 de janeiro de 2001.

¹⁴³ *Idem*.

emanada de órgãos competentes e decisões políticas legítimas, não podendo as empresas agirem de outra forma.

Os três casos analisados permitem algumas conclusões quanto ao regime antitruste de tal setor. Quanto à imposição de regime competitivo de comercialização de gás determinado pelo CADE, deve-se ter em conta que a universalidade desse serviço público pode ficar seriamente comprometida, principalmente para as partes mais distantes das capitais, desconsiderando a autarquia as razões de redução de custos que nortearam a criação de monopólio desde a lavra até a distribuição do gás natural e que também se justifica na comercialização de tal produto, ainda que em regime de concorrência com demais agentes econômicos. Como observa Calixto Salomão Filho, *a universalização é, via de regra, não-lucrativa, pois implica estender a rede até consumidores longínquos e sem poder aquisitivo*, não se interessando as empresas privadas pela prestação de serviços tão somente pelas externalidades positivas que apresentam.¹⁴⁴

Já quanto à imunidade antitruste utilizada pela autarquia nesse setor, esta, como ressalta Eduardo Ferreira Jordão, não é, em princípio, incompatível com o ordenamento brasileiro¹⁴⁵, levando-se em conta o prestígio da autoridade concorrencial à política pública do Estado-membro. Ademais, como afirma Eros Grau, é preferível que a autoridade concorrencial não se manifeste sobre questões relativas aos mercados regulados de serviço público;¹⁴⁶ exige-se contudo, a edição de norma legal nesse sentido, evitando-se eventuais casuísmos por parte do CADE.

3.2 OS SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA

O desenvolvimento do setor elétrico no Brasil foi influenciado pelas dimensões continentais do país e pelo seu enorme potencial hidroelétrico, formando-se inicialmente uma centralização de despacho de carga energética. Tal modelo era

¹⁴⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Regulação e Desenvolvimento**, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 42.

¹⁴⁵ JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições Regulatórias à Concorrência**, Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 172,

¹⁴⁶ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O Estado, a Empresa e o Contrato**, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 174.

implantado pela Eletrobrás, criada em 1963, sob a forma de *holding* federal com controle acionário da maioria dos ativos de transmissão e geração elétrica, através de quatro subsidiárias, Chesf, Eletronorte, Eletrosul e Furnas, ficando a distribuição de energia a cargo de empresas pertencentes aos Estados-membros.¹⁴⁷

Contudo, após a inclusão das empresas de geração e transmissão de energia elétrica no Programa Nacional de Desestatização, Lei nº 8.031/90, tal ramo econômico deixou de ser quase completamente formado por capital estatal e passou a operar com significativo investimento da iniciativa privada, pulverizando-se também a geração (e não somente a distribuição) de energia elétrica por concessionárias estaduais.¹⁴⁸ Criou-se, sob tal modelo, três importantes instituições, a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, com poder de regulação e fiscalização da exploração de energia elétrica, o Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, pessoa jurídica de direito privado constituída por concessionárias de geração, transmissão e distribuição com a finalidade de monitorar todo o sistema de transmissão elétrica nacional e o Mercado Atacadista de Energia – MAE, um ambiente virtual de operações de compra e venda de energia elétrica.¹⁴⁹

O novo modelo evidencia, face à grande gama de agentes econômicos, a necessidade de regulação da concorrência em tal setor, tendo-se, por tal razão, conferido-se à Aneel a possibilidade de adoção de medidas preventivas e repressivas no controle das estruturas de tal mercado. Dessa forma, dispõe o artigo 3º, inciso VIII, da Lei nº 9.427/96, que compete ao órgão, *com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, estabelecer restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si*. Ademais, o Regimento Interno da Aneel, Portaria MME nº 349/97, confere à Superintendência de Processo

¹⁴⁷ WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel; WALD, Alexandre. **O Direito de Parceria e a Lei de Concessões: análise das Leis nº 8.987/95 e 9.0974/95 e legislação subsequente**, São Paulo, Editora Saraiva, 2004, p. 518.

¹⁴⁸ VASCONCELLOS, Felipe Britto. **Aneel: a Regulação do Setor Elétrico**, p. 195 in MOLL, Luiza Helena (org.) *Agências de Regulação do Mercado*, Porto Alegre, UFRGS Editora, 2002.

¹⁴⁹ FERREIRA NETO, Arthur; COSTA FILHO, Flávio Zitto; BARBOSA, Lucas da Silva. **Aneel, passim**, in MOLL, Luiza Helena (org.) *Agências de Regulação do Mercado*, Porto Alegre, UFRGS Editora, 2002.

Organizados da agência a supervisão e estudos do mercado, com vistas a garantir o seu regular funcionamento, bem como a segurança e liquidez de suas operações; e a *defesa da concorrência, na análise de atos de concentração e de infrações à ordem econômica no setor elétrico, observada a legislação específica.*

Não obstante as mencionadas previsões, importa referir que o CADE continua sendo o único órgão com atribuição para aplicar as penalidades decorrentes de violação à legislação antitruste. Em aresto do Tribunal Regional Federal da 1ª Região decidiu-se que *é competência exclusiva do Plenário do CADE para decidir se os atos de concentração são nocivos ou não à concorrência, não tendo a Lei nº 9.427/96, que reestruturou o sistema elétrico e criou a Aneel criado atribuição para tal agência reguladora aplicar as sanções previstas na legislação antitruste.*¹⁵⁰

O tratamento conferido pelo CADE à competição no setor tem como principal marco considerar a autarquia como *mercado relevante* da atividade todo o âmbito nacional, algo pouco comum na apreciação de demandas concorrenciais. De fato, no julgamento do ato de concentração nº 08012.007852/2007-85, afirmou o relator que não faz sentido a segmentação geográfica do mercado de geração de energia em subsistemas, eis que o fluxo de energia elétrica entre esses é bastante elevado, sendo que em alguns casos quase 90% da energia comprada dentro de um subsistema provém de outros, relevando-se, assim, alto grau de integração entre eles. Assim, considera a autarquia que a análise da concorrência no fornecimento de energia elétrica deve contemplar os participantes em conjuntos de subsistemas.¹⁵¹

Já quanto à análise das concentrações horizontais, o CADE tem levado fortemente em conta a ampla comercialização de energia entre as concessionárias como fator de diminuição dos impactos concorrenciais no setor. Realmente, tanto o Ambiente de Comercialização Regulado – ACR, no qual os leilões de energia são arbitrados pela Aneel, como no Ambiente de Comercialização Livre – ACL, pelo qual os contratos são realizados sem restrições entre as empresas, ambas figuras criadas pela Lei nº10.84804, conferem ao sistema elétrico nacional *unidade*, diminuindo-se a possibilidade de práticas vedadas pela legislação concorrencial.

¹⁵⁰ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO. AI 2002.01.00.011049-9/DF, Quinta Turma, Relatora Des. Selene Maria de Almeida, julgado em 2 de setembro de 2002.

¹⁵¹ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Ato de Concentração nº 08012.007852/2007-85, Relator Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, julgado em 23 de julho de 2008.

Cabe referir, quanto ao ponto, a observação do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo nos autos do Ato de Concentração nº 08012.010136/1999-96:

Apenas o mercado de comercialização de energia elétrica, para comerciantes livres, estaria sujeito à possibilidade de abuso de posição dominante, no âmbito nacional. A partir da regulamentação específica do setor, é possível adquirir energia elétrica de qualquer empresa participante do Sistema Interligado de Geração de Energia que, desde 1999, interligou todo o país. Cabe dizer que, na verdade, não há transporte eletivo da energia e sim uma carga 'simbólica', que pode ser traduzida, a grosso modo, numa entrada de energia em algum ponto do sistema e sua saída correspondente em qualquer outro ponto. (...) Entendo que as autoridades devam atentar para as possíveis operações que, no futuro, envolvam os grupos adquirentes. Acrescente, ainda, que se deve ter o cuidado com as possíveis participações cruzadas entre as concessionárias de serviços de distribuição e de comercialização de energia elétrica.¹⁵²

Assim, apesar do juízo de cautela quanto à possível concentração entre distribuidoras e comercializadoras de energia, o CADE, invariavelmente, vem decidindo que os atos de concentração do segmento devem ser aprovados sem ressalvas. Essa posição leva em conta a costumeira troca de tecnologia entre as concessionárias e a possibilidade do consumidor livre poder optar tanto pelo distribuidor local, comprar energia de um produtor independente ou, ainda, adquiri-la por meio de um comercializador, em livre contratação.¹⁵³

Já quanto à competência do CADE para apuração de condutas anticoncorrenciais no mercado de energia elétrica, há firme orientação do órgão no sentido de prestigiar a regulação do setor expedida pela Aneel. Com efeito, no julgamento da Averiguação Preliminar nº 08012.003604/2003-01, entendeu a autarquia pela impossibilidade dela atuar como supervisora das normas expedidas pela agência reguladora se essas se revestirem de estrito caráter técnico, tal como

¹⁵² BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Ato de Concentração nº 08012.010136/1999-96, Relator Conselheiro Celso Fernandes Campilongo, julgado em 11 de outubro de 2000.

¹⁵³ Cfe., v. g., Ato de Concentração nº 08012.000109/2008-85, Relator Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, julgado em 27 de agosto de 2008, Ato de Concentração nº 08012.007852/2007-85, Relator Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, julgado em 23 de julho de 2008, Ato de Concentração nº 08012.002042/2009-02, Relator Conselheiro César Costa Alves de Mattos, julgado em 13 de maio de 2009, Ato de Concentração nº 08012.001869/2009-91, Relator Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, julgado em 13 de maio de 2008 e Ato de Concentração nº 08012.002806/2008-71, Relator Conselheiro Lucas Carlos Thadeu Prado, julgado em 25 de junho de 2008.

no caso concreto, no qual uma empresa de medição de consumo de energia sustentava violação às normas antitrustes pela escolha de determinada forma de confecção das caixas de registro dos consumidores que fora aprovada pela Aneel.¹⁵⁴

Outro caso envolvendo as interfaces entre regulação e concorrência foi o julgamento da Averiguação Preliminar nº 08012.006212/2003-24.¹⁵⁵ Neste, a própria Aneel apresentou queixa contra a Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia – Coelba, por ter esta aumentado arbitrariamente o preço de seu serviço ao não escolher em uma licitação a ofertante do menor preço para execução da manutenção de algumas linhas de transmissão. O Conselho, contudo, notou que refugia a sua competência a análise de tal pleito, por ser detentora a agência em questão do poder de fixação das políticas tarifárias, controlando-se, assim, os preços da energia. Assim foi resumido o ponto-de-vista do relator:

Com efeito, os preços praticados pela representada são objeto de fiscalização pela representante, à qual, no exercício da atividade regulatória, incumbe, entre diversas outras atribuições, 'homologar as receitas dos agentes de geração e contratação regulada e as tarifas a serem pagas pelas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de distribuição de energia elétrica, observados os resultados dos processos licitatórios referidos no inciso XV do *caput* deste artigo' (Lei nº 9.427/96, art. 3º, XVI). Assim, eventual reflexo indireto que a contratação, pela representada, de serviços em valores tidos como artificialmente elevados possa produzir nas tarifas por ela praticadas podem e devem ser objeto de fiscalização pelo órgão regulador competente, não havendo, no caso concreto, abuso de mercado e posição dominante.¹⁵⁶

Inobstante tal ponderação, o CADE adentrou no mérito do processo licitatório, afirmando ser improvável, dado o caráter de monopólio da concessionária em questão, que os preços excessivos somente poderiam derivar de outras causas, tal como colusão entre empresas, o que seria impossível no caso. Aqui cabe recordar a crítica já feita ao CADE quanto à aplicação pela autarquia da *State Action Doctrine*: ou se afirma que mercados regulados por política tarifária expressa não são

¹⁵⁴ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Averiguação Preliminar nº 08012.003604/2003-31, Relator Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconellos, julgado em 6 de abril de 2005.

¹⁵⁵ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Averiguação Preliminar nº 08012.006212/2003-24, Relator Conselheiro César Costa Alves de Mattos, julgado em 28 de outubro de 2009.

¹⁵⁶ *Idem*.

analisáveis pelo CADE, ou se delimita em quais casos haveria a análise de eventuais condutas anticoncorrenciais, não podendo perdurar a situação de insegurança jurídica quanto a esse mercado regulado.

O único exemplo dado pela jurisprudência do CADE relativo à cooperação entre ele e a Aneel deu-se no Processo Administrativo nº 08012.008506/1998-90. No caso, uma associação de empresas de loteamento urbano de São Paulo ajuizara uma demanda contra uma concessionária de energia perante a Aneel sustentando que essa última estaria praticando monopolização do mercado de obras e projetos de eletrificação ao baixar normas técnicas que concediam somente à concessionária a instalação de linhas elétricas. A agência reguladora julgou de forma favorável aos interesses da associação empresarial, afirmando que *em havendo interesse do consumidor, uma obra de eletrificação pode ser executada através de empreiteira por ele diretamente contratada, não havendo obrigação dela ser feita exclusivamente pela concessionária*. Tal decisão, que foi chancelada pelo CADE com base no princípio da livre concorrência entre agentes econômicos, gerou a assinatura de um termo de compromisso de cessação de prática abusiva perante a autoridade concorrencial.¹⁵⁷

Como visto, o mercado de energia elétrica é caracterizado por uma pluralidade de agentes, a maior parte deles de capital privado, situação essa bastante peculiar se comparada com os demais agentes de serviços públicos. Ademais, a alta pulverização de empresas no setor traz poucos embates concorrenciais, encarregando-se a Aneel de manter a universalidade do serviço e a regulação do crescente mercado de comercialização entre as concessionárias, em medida de salutar manutenção da capacidade energética nacional. O setor, assim, praticamente possui de maneira quase perfeita as cinco características de mercado clássicas aptas a ensejar um modelo de concorrência – homogeneidade, atômica, inexistência de restrições à entrada ou circulação de operadores, transparência e mobilidade dos fatores de produção – sendo o controle concorrencial brasileiro bastante rarefeito e pontual no segmento, sem grandes impactos para a tutela regulatória legalmente concebida para a energia elétrica.

¹⁵⁷ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Processo Administrativo nº 08012.008506/1998-90, Relator Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, julgado em 9 de julho de 2010.

3.3 OS SERVIÇOS DE TRANSPORTE PÚBLICO

Por força de mandamento constitucional, o Município é integrante da federação como entidade político-administrativa dotada de autonomia política, administrativa e financeira, sendo tais características uma peculiaridade das municipalidades brasileiras.¹⁵⁸ Dentro de suas mais importantes competências está a de ordenação do espaço urbano, na forma do artigo 30, inciso II, da Constituição, cabendo à União somente legislar sobre matérias gerais quanto ao direito urbanístico, ressaltando-se, assim, a autonomia municipal e o seu poder de intervenção no domínio econômico.¹⁵⁹

Especificamente quanto ao tema, ao Município cabe, além de legislar sobre matérias de interesse local, *organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial*, conforme preceitua o artigo 30, incisos I e V, da Constituição. Assim, em face da evidente preocupação do constituinte com o transporte coletivo, salientando a sua imprescindibilidade ao adjetiva-lo de *essencial*, tal atividade possuiu peculiaridades no seu tratamento, já que a deliberação sobre a forma de condução do serviço e sua política tarifária corresponde à competência exclusiva do Município.¹⁶⁰ Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela impossibilidade de um Estado-membro legislar a respeito da política tarifária de tal serviço, decidindo-se no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.349 que *a prestação de transporte urbano, consubstanciando serviço público de interesse local, é matéria albergada pela competência legislativa dos municípios, não cabendo aos Estados-membros dispor a seu respeito*.¹⁶¹

¹⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo, Malheiros, 2011, 34ª Edição, p. 638.

¹⁵⁹ CLARK, Giovani. **O Município em face do Direito Econômico**, Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 95.

¹⁶⁰ ARAÚJO Gilvandro Coelho de. **O CADE na análise Concorrencial dos Serviços Públicos: o Exemplo da Consulta sobre a Concessão de Transporte Municipal em Manaus**, in Publicações da Escola da AGU: Debates em Direito da Concorrência nº 7, Brasília, Advocacia-Geral da União, 2001, p. 218.

¹⁶¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2.349, Tribunal Pleno, Relator Min. Eros Grau, julgado em 31 de agosto de 2005.

O CADE, ao analisar sua competência para apuração de infrações concorrenciais em tal setor, faz importante distinção entre a concorrência em si e matéria administrativa que possibilita a entrada dos agentes econômicos em tal setor. No segundo caso, a autarquia é firme ao julgar-se incompetente para decidir sobre matérias que envolvem estritamente a competência legislativa e administrativa municipal, como a abertura de licitações, afirmando que tal fiscalização deve ser exercida pela respectiva assembleia de vereadores, tal como prevê o artigo 31 da Constituição.¹⁶²

No que se refere à matéria concorrencial em si, a discussão de maior relevo trazida é a política tarifária cobrada pela prestação de tal serviço público, já tendo ela passado duas vezes pelo crivo do CADE. A primeira se deu no julgamento do Processo Administrativo nº 08000.002605/97-52¹⁶³ Nesse caso, a Associação Mineira de Usuários de Transportes e Carga pleiteou que fosse declarada a ilegalidade do reajuste das passagens de transporte coletivo urbano da região metropolitana de Belo Horizonte, alegando a formação de cartel entre as empresas concessionárias do setor. Lastreava a pretensão na proibição de aumento arbitrários de lucros, alegando que as tarifas eram reajustadas muito além da corrosão inflacionária e que levavam em conta em sua base de cálculo insumos que não deveriam compor a exação, tais como ISSQN e algumas taxas de polícia dos órgãos estaduais competentes.

No caso, o CADE utilizou como fundamento da decisão o denominado teste *Midcal*, analisado no capítulo anterior. Verificou o Conselho que há *efetiva política de substituição do regime de competição pelo de regulação*, tendo em conta a delegação constitucional aos Municípios para instituírem e organizarem o sistema de transporte público. Também se entendeu pela *efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações impostas*, segundo e último quesito do teste, porquanto existente uma empresa pública mineira especialmente autorizada para a fiscalização das concessionárias, a BHTRANS.

¹⁶² BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Averiguação Preliminar nº 08000.003157-2002-30, Relator Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos, julgado em 19 de julho de 2006.

¹⁶³ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08000.02605-97-52, Relator Conselheiro Marcelo Procópio Calliari, julgado em 20 de janeiro de 2000.

Assim, por estarem as concessionárias compelidas à regulação estatal, o CADE entendeu pela inexistência de aumento arbitrário de lucros. Contudo, o relator do caso, em *obiter dicta*, fez uma ressalva quanto a tal imunidade, afirmando que esta não substituiria em duas ocasiões: caso, dado pelo poder concedente uma variedade de tarifas, as concessionárias escolhessem em conluio a maior delas, ou caso houvesse descumprimento das normas regulamentares expedidas pelo Poder Público:

Tendo a livre concorrência tamanha importância para Constituição Federal e não podendo o órgão estatal de serviços públicos prever e regular todas as formas possíveis de conduta dos agentes econômicos – deixando uma margem maior ou menor de liberdade para a atuação privada – ainda caberá a atuação do órgão de defesa da concorrência. De fato, mesmo dentro de um regime regulatório adequadamente instituído e aplicado, é possível que empresas, naquelas condutas não reguladas, pratiquem infrações à concorrência. Seria o caso, por exemplo, de empresas sujeitas a um regime de tarifas máximas que decidem, em cartel, fixar todas o mesmo preço de seus produtos, reduzindo o nível de bem estar dos consumidores. Da mesma forma, quando o arcabouço regulatório dá às empresas uma margem de opção quanto à sua atuação, é possível que uma ou mais dessas opções, permitidas mas não impostas pela regulação configurem num caso concreto infrações à ordem econômica, não se encontrando aqui fora do alcance dos órgãos de defesa da concorrência. Já também a possibilidade de que uma empresa regulada aja de forma contrária à regulação, violando não apenas esta como também o direito da concorrência.¹⁶⁴

Malgrado a importância de tais observações, delimitando-se a aplicação da *State Action Doctrine* no Brasil, cumpre observar que os exemplos dados pelo Conselheiro dificilmente ocorrerão na prática. Realmente, quanto à primeira situação, não é comum que as agências reguladoras elaborem tarifas a serem *escolhidas pelas concessionárias*, sendo essas, em regra, sempre uniformes entre os prestadores, somente sendo permitida a diferenciação quanto ao *usuário*, como prevê o artigo 13 da Lei nº 8.987/95. Já quanto ao segundo exemplo, também não subsiste, tendo em conta que dificilmente uma situação envolvendo o descumprimento de normas expedidas por uma agência reguladora chegaria à

¹⁶⁴ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Processo Administrativo nº 08000.002605/97-52, Relator Conselheiro Marcelo Procópio Calliari, julgado em 20 de janeiro de 2000.

apreciação do CADE, por envolver somente matérias de direito administrativo, a ser dirimida na esfera própria, fora do âmbito dos litígios concorrenciais.

Mais recentemente, o CADE voltou a tratar de matéria semelhante nos autos do Processo Administrativo nº 080012.004989/2003-54.¹⁶⁵ Tal procedimento foi instaurado por representação dirigida à autarquia pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal em face de concessionárias de transporte urbano do Município de São Paulo em função de suposta coordenação das referidas empresas para *pressionar o Poder Público municipal a fixar tarifas e a regulamentar rotas desse serviço público*. Alegava-se, com base em notícias jornalísticas, que sindicalistas do setor recebiam dos donos das empresas de transporte urbano elevados valores para realizar paralizações e, com isso, pressionar a Prefeitura a aumentar a tarifa das passagens, formando-se, assim, cartel entre as empresas.

Em preliminar, ao analisar a imunidade concorrencial das concessionárias decorrente da *State Action Doctrine*, o CADE, diferentemente do que ocorrido com os casos precedentes, afastou tal tese, afirmando que, no caos, *não haveria prova da substituição da regulação pela concorrência, nem efetiva fiscalização do poder concedente*, falhando-se, assim, ambas as fases do *Midcal test*.

Apesar de plenamente sustentável que o CADE possa atuar em mercados altamente regulados tal como ocorreu no caso ante o afastamento da imunidade, deve-se ter muita cautela quando eventual interferência for feita, porquanto esta pode acabar deturpando a política pública planejada, devendo a autarquia manter-se nos estritos âmbitos concorrenciais. Como salienta Roberto Taufick:

O Cade atua nos poros regulatórios, complementando e/ou suprimindo a regulação - e não a contradizendo. É, no mínimo, paradoxal aceitar a existência de um setor regulado, analisar tal setor com base na estrutura regulada e, ao fim, querer redefinir parcialmente a regulação do setor, como se a regulação pudesse ser desmembrada sem perder o sentido originalmente desejado. Em uma ordem constitucional em que a concorrência não se sobrepõe à regulação, como poderia derroga-la, ou, mormente, abrogá-la?¹⁶⁶

¹⁶⁵ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Processo Administrativo nº 08012.004989/2003-54, Relator Conselheiro César Costa Alves de Mattos, julgado em 18 de agosto de 2010.

¹⁶⁶ TAUFICK, Roberto Domingos. **Imunidade *Parker v. Brown*: releitura das doutrinas *state action* no ordenamento jurídico brasileiro**, in Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, volume 3, nº 2, dezembro de 2009, Brasília, BCB, p. 101.

A autarquia também analisou, no caso, a imunidade denominada *Noerr-Pennington*, originada do julgamento dos writs *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight* e *United Mine Workers v. Pennington*¹⁶⁷ julgados pela Suprema Corte na década de 1960. Nesses casos, reconheceu-se a imunidade antitruste às práticas de *lobby* das empresas mesmo que com a aprovação da medida pleiteada venha-se a prejudicar a concorrência, baseando-se os provimentos judiciais no direito de petição constitucionalmente consagrado¹⁶⁸. No caso brasileiro, contudo, o Conselho entendeu por também rechaçar tal imunidade, na linha da jurisprudência americana, entendendo que, por se tratar de *lobby* lastrado na busca de uma ação governamental inválida, porquanto baseada em movimentos sindicais simulados, reconheceu-se a plena submissão das concessionárias à jurisdição do CADE. Por fim, entretanto, foi arquivado o caso, por falta de indícios suficientes contra as representadas.¹⁶⁹

Como visto, o segmento de transporte urbano é, dentre os serviços públicos, um dos quais o CADE menos intervém, revelando a preocupação da autarquia em valorar a competência constitucional dos municípios e a fiscalização por parte de suas câmaras de vereadores. Contudo, essa orientação, frente à ampla pluralidade de legislações municipais sobre transporte coletivo e a dificuldade de criação de órgãos centrais mais amplos de fiscalização, deve ser melhor delimitada, evitando-se, assim, indesejáveis abusos de poder dominante que, pela falta de controle municipal, acabam por nunca serem reprimidos. Ademais, ante dois casos com orientações antagônicas – um que afasta e outro que acolhe a imunidade derivada da *State Action Doctrine* – é mister a definição pelo CADE, de forma objetiva, de quais segmentos não estariam abrangidos pela regulação e poderiam ser analisados sob o ponto de vista concorrencial, delineando-se mais precisamente seu campo de atuação em eventuais condutas contrárias às normas previstas na legislação concorrencial.

¹⁶⁷ 365 U.S. 127 (1961) e 381 U.S. 657 (1965).

¹⁶⁸ FEDERAL TRADE COMMISSION. **Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine: an FTC Staff Report**, Washington, 2006, p. 3.

¹⁶⁹ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Processo Administrativo nº 08012.004989/2003-54, Relator Conselheiro César Costa Alves de Mattos, julgado em 18 de agosto de 2010.

3.5 OS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

As tensões entre as normas de regulação e as leis de concorrência são ilustradas com perfeição no setor de telecomunicações porquanto, diferentemente da maioria das demais atividades reguladas, tal setor foi objeto de intensa atividade legislativa e normativa, tanto no que tange ao seu recente marco regulatório, como com relação à competição no setor.¹⁷⁰

Historicamente, o setor sempre foi considerado *monopólio natural*. Até a década de 1960, por determinação da Constituição de 1946, o sistema no Brasil era totalmente descentralizado, cabendo tanto à União quanto aos Estados a exploração do serviço telefônico. Foi somente com a promulgação da Lei nº 4.117/62 que os serviços telegráficos, de radiocomunicações e de telefonia interestadual passaram a ser explorados exclusivamente pela União, concentrando-se nas mãos do ente federal, posteriormente, também, a concessão de todos os serviços de telecomunicações, por força do Decreto-lei nº 162/67.¹⁷¹

Criou-se, a partir de tal concentração, o denominado Sistema Telebrás, *holding* federal formada por uma empresa que explorava os serviços de longa distância, nacional e internacionalmente, a Empresa Brasileira de Telecomunicações – Embratel e vinte e sete empresas estatais independentes, pertencentes aos Estados. Cobria-se, assim, todo o segmento econômico de telecomunicações com capital em sua larga maioria estatal. Malgrado a ordem implantada tenha proporcionado um aumento das plantas de terminais, possibilitando que o Brasil fosse um dos detentores de uma das maiores redes telefônicas do mundo, a demanda pelo tráfico telefônico logo evidenciou a necessidade de alteração do modelo adotado.¹⁷²

¹⁷⁰ ANDRADE, Diogo Thomson. **A Análise Regulatória e Concorrencial de Atos de Concentração Econômica no Setor de Telecomunicações** in Publicação da Escola da AGU: Debates sobre o Direito da Concorrência, Brasília, 2011, p. 163.

¹⁷¹ SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e; MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Regulação e Concorrência no Setor de Telecomunicações** in MARQUES, Claudia Lima (coord.), O Novo Direito Internacional – Estudos em Homenagem a Erik Jayme, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 575.

¹⁷² WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel; WALD, Alexandre. **O Direito de Parceria e a Lei de Concessões: análise das Leis nº 8.987/95 e 9.0974/95 e legislação subsequente**, São Paulo, Editora Saraiva, 2004, p. 545.

Seguindo-se a tendência mundial e atendendo-se aos parâmetros lançados pelas propostas de reformulação do papel do Estado na vida econômica, a reestruturação e privatização das telecomunicações começou com a promulgação, em 5 de agosto de 1995, da Emenda Constitucional n° 8. Tal alteração eliminou a exclusividade de concessão para exploração dos serviços públicos de telecomunicações para empresas sob o controle estatal, tal como previsto no texto original da Constituição de 1988. Seguindo ao processo de privatização, foi aprovada a Lei Geral de Telecomunicações, Lei n° 9.472/97, que estabeleceu os princípios do setor, criou a Anatel e instituiu a nova política tarifária. Por fim, o Plano Geral de Outorgas, baixado pelo Decreto n° 2.534/98, fixou os parâmetros gerais para as concessões no setor, enfatizando todos os referidos diplomas legais o estabelecimento de concorrência no setor.¹⁷³

Assim, o regime de concorrência entre as concessionárias e permissionárias de tal setor é, sob o ponto de vista legal, o mais desenvolvido no ordenamento jurídico dos serviços públicos brasileiros. Para tutela do mercado, nos termos do artigo 97 da Lei n° 9.472/97, é competente Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel para *aprovar a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital das empresas do setor ou a transferência de seu controle societário*. Atua o CADE, assim, *a posteriori*, sendo competente, contudo, em caráter exclusivo para a averiguação das condutas anticompetitivas do setor, nos exatos termos do artigo 7°, § 2°, da Lei Geral de Telecomunicações.

Embora tivesse por intuito a melhoria dos serviços, as alterações constitucionais que possibilitaram a privatização e a instituição de concorrência em tal setor acabaram originando altos preços e constantes reclamações de consumidores. Como ressalta Ricardo Camargo, devido à repartição do mercado de telecomunicações entre poucos grupos empresariais, a universalidade do serviço, ficou seriamente comprometida.¹⁷⁴

Inobstante as mencionadas considerações e primando pela criação de espaço competitivo entre os agentes econômicos do setor, tal como determinado pela

¹⁷³ GASPARINI, Melissa Ferreira. **Livre Concorrência na Prestação de Serviços de Telecomunicações**, Franca, UNESP, 2002, p. 57.

¹⁷⁴ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Curso Elementar de Direito Econômico**, Porto Alegre, Nuria Fabris Editora, 2014, p. 370.

legislação, o CADE entende como salutar e consentâneo com a ordem concorrencial a entrada de novas empresas de exploração dos serviços de telecomunicações, mesmo que elas compartilhem, em face da própria natureza do serviço, a mesma infraestrutura de cabos de transmissão.¹⁷⁵

Também já decidiu a autarquia que é plenamente legítimo que empresas de telecomunicação se associem a fim de defender perante a Anatel a uniformidade da tarifação entre os preços praticados entre as concorrentes, sem que tal fato caracterize abuso de posição dominante.¹⁷⁶

Aliás, especificamente quanto à competência do CADE para apreciar demandas envolvendo denúncias de condutas contrárias ao ordenamento concorrencial do setor das telecomunicações ante as normas expedidas pela Anatel, a autarquia já se manifestou de forma positiva. Ao julgar o Processo Administrativo nº 53500.001821/2002, assentou-se que os atos fiscalizatórios e normativos da Anatel não podem ser objeto de discussão no âmbito do CADE. Contudo, salientou-se que os atos submetidos à referida agência reguladora *devem* ser apreciadas pela autoridade concorrencial em face de expressa previsão legal, mesmo que expressamente prevista a legalidade de certa conduta por ato normativo da Anatel.¹⁷⁷

Tal intrincado mercado – que abrange desde o telefone fixo até o serviço de *internet* – faz com que o CADE não limite a definição do mercado relevante para efeitos de análise dos impactos concorrenciais apenas às áreas de atuação da empresa concessionária, mesmo que ela atue em regime de oligopólio na região onde ocorreu a operação. Com efeito, tendo em conta ser comum que as empresas concessionárias possuam participação acionária nas demais prestadoras de tal

¹⁷⁵ Cfe., v. g., Ato de Concentração nº 08012.006688/2001-01, Relator Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 18 de fevereiro de 2004, Ato de Concentração nº 53500.001673/2001, Relator Conselheiro Roberto Augusto Pfeiffer, julgado em 19 de março de 2003, Ato de Concentração nº 53500.002055/2001, Relator Conselheiro Roberto Augusto Pfeiffer, julgado em 19 de março de 2003, Ato de Concentração nº 08012.02818/98-90, Relator Conselheiro Ruy Santacruz, julgado em 19 de janeiro de 2000 e Ato de Concentração nº 08012.009701/1999-81, Relator Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto, julgado em 23 de agosto de 2000.

¹⁷⁶ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Averiguação Preliminar nº 08012.06076/2003-72, Relator Conselheiro Luis Carlos Tadeu Delorme Prado, julgado em 5 de setembro de 2007.

¹⁷⁷ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Processo Administrativo nº 53500.001821/2002, Relator Conselheiro Augusto Castellanos Pfeifer, julgado em 14 de setembro de 2005.

serviço, a autarquia, ao julgar o Ato de Concentração nº 53500.005688/2000,¹⁷⁸ afirmou que não há nenhuma relação necessária entre a classificação dos serviços e suas áreas de abrangência previstas e a existência de um mercado relevante. Destacou o relator que é indispensável considerar os dados concretos de cada caso e do ato analisado, além do comportamento efetivo dos consumidores e as características do próprio sistema econômico em que o agente se encontra, porquanto a constante e acelerada evolução tecnológica do setor tendo a provocar rápidas mudanças nas características dos serviços de telecomunicações e no grau de substituição destes.

O CADE também possui firme orientação no sentido de coibir práticas atentatórias à legislação concorrencial nas telecomunicações. No julgamento do Ato de Concentração nº 53500.012487/2007, a autarquia julgou inadmissível a compra de ações por parte de uma companhia telefônica estrangeira de parte das maiores concessionárias de telecomunicações do país, entendendo que mesmo as participações acionárias minoritárias teriam o condão de falsear a concorrência no setor, a despeito das inúmeras barreiras à entrada dentre concorrentes.¹⁷⁹ Também, já se decidiu pela possibilidade de práticas desleais por preços predatórios, embora no caso concreto tenha se abonado a conduta por se tratar de promoção lançada pela concessionária de forma temporária para lançamento de marca de propriedade da empresa vencedora da licitação da exploração do ramo de telefonia móvel.¹⁸⁰

O real impacto da regulação na Direito da Concorrência aplicável às telecomunicações foi mais profundamente analisado no Ato de Concentração 08012.005789/2008-23¹⁸¹. No caso, a operação posta em análise era a aquisição de ações representativas de uma subsidiária que implicaria a aquisição do controle indireto do Grupo Brasil Telecom pelo Grupo Oi, duas das maiores concessionárias

¹⁷⁸ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Ato de Concentração nº 53500.005688/2000, Relator Conselheiro Cleveland Prates Teixeira, julgado em 16 de outubro de 2002.

¹⁷⁹ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Processo Administrativo nº 53500.012487/2007, Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Jopert Ragazzo, julgado em 28 de abril de 2010.

¹⁸⁰ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Averiguação Preliminar nº 53500.002141/2003, Relator Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos, julgado em 6 de abril de 2005.

¹⁸¹ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Ato de Concentração nº 08012.005789/2008-23, Relator Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, julgado em 20 de outubro de 2010.

de telefonia do Brasil, o que teria elevado impacto na concorrência, ante a diminuição de agentes. O Conselheiro Relator, em preliminar, analisou as hipóteses em que o CADE poderia analisar sob o ponto de vista concorrencial condutas reguladas pela Anatel:

No Brasil, a relação entre Estado e mercado se estruturou sob o signo da complementariedade. Desse modo, o sistema de alocação de competências setoriais entre o SBDC e as agências é um sistema que abre espaço para se organizar em bases complementares. No que concerne ao controle de estruturas ou condutas, propomos que o SBDC responda às seguintes questões para decidir sobre a possibilidade de intervir [no mercado de telecomunicações]: (i) a disciplina de incentivos já esgotou todas as possibilidades de assegurar competição no setor, restando inócua a atuação do SBDC? (ii) a estrutura ou conduta era inevitável diante das regras regulatórias? (iii) a conduta ou a formação da estrutura tem como justificativa realizar os objetivos da regulação e essa seria a forma menos custosa a fazê-lo? Com base na distinção acima, fundamos nossa divisão de trabalho em setores regulados.¹⁸²

Assim, caso todas as respostas fossem negativas na aplicação do teste proposto pelo relator, muito similar, aliás, ao *Midcal Test*, estaria livre a apreciação do CADE para aplicar os institutos que a legislação concorrencial lhe confere para coibir práticas abusivas. No caso em apreço, ante a extrema concentração de agentes que adviria da operação, o CADE impôs às concessionárias a assinatura de termo de compromisso de desempenho.

O desenho regulatório das telecomunicações e as formas encontradas pelo CADE de atuar no setor evidenciam o alto grau de desenvolvimento e cooperação institucional entre os dois órgãos, ao mesmo limitando a autoridade concorrencial em matérias estritamente regulatórias e conferindo-lhe autonomia para decisão de eventuais ilícitos estritamente concorrenciais. Tal cenário tornou-se possível devido à rápida evolução tecnológica e à necessidade de tutela, a um só tempo, de concessionárias de serviços públicos e de autorizatárias, modelo esse, dada tal característica, não extensível aos demais serviços públicos.

¹⁸² BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Ato de Concentração n° 08012.005789/2008-23, Relator Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, julgado em 20 de outubro de 2010.

3.5 OS SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO

A comunicação social recebeu tratamento destacado na Constituição de 1988 tendo em conta a forte presença de aspectos que transcendem o mero caráter econômico da atividade. De fato, por lidar o segmento com sensíveis temas constitucionais, como liberdade de manifestação de pensamento e de informação, proibição de censura, responsabilidade civil por abusos cometidos e regulação das diversões e espetáculos públicos, positivados nos artigos 220 e 221 da Constituição, há grande diferenciação quanto à regulação e tratamento da concorrência do setor.¹⁸³

Embora a Constituição indique algumas diretrizes para a comunicação social, elas são claramente insuficientes para suprir satisfatoriamente as exigências da garantia do pluralismo de ideias desejável para o setor, carecendo de urgente regulação infraconstitucional. Dentre as necessidades inadiáveis, Alexandre Faraco sugere quatro medidas que impactam diretamente na formação da concorrência em tal segmento: (i) a limitação ao número de concessões sob a titularidade de um mesmo agente, (ii) criação de barreiras à participação total de cada empreendedor na audiência, (iii) obrigatoriedade de todos os agentes privados distribuírem programação não financiada por meio de verbas obtidas com publicidade, produzidas por organizações públicas ou comunitárias e (iv) a limitação à propriedade cruzada entre empresas de radiodifusão e outros meio de comunicação social.¹⁸⁴

Contudo, deve-se salientar que a futura regulação não pode, sob pena de inconstitucionalidade, censurar o *conteúdo* da programação desenvolvida pelas empresas. Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a recepção da Lei n° 5.250/67, a conhecida Lei de Imprensa, pela nova ordem constitucional assentou não caber ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que é permitido ser veiculado por jornalistas e demais trabalhadores do ramo. Dessa

¹⁸³ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **A Mídia e a Constituição: Programação de Rádio e TV e suas externalidades**, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editos, 2013, p. 33.

¹⁸⁴ FARACO, Alexandre Ditzel. **Difusão do Conhecimento e desenvolvimento: a regulação do setor de radiodifusão**, in SALOMÃO FILHO, Calixto (coord), Regulação e Desenvolvimento, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 121.

forma, deve a futura regulação se restringir somente aos balizamentos que a própria Constituição conferiu à comunicação social, como a limitação de propaganda de agentes nocivos à saúde e o estabelecimento dos meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto constitucionalmente para o setor.¹⁸⁵

A análise da concorrência no setor de comunicação social passa, primeiramente, pela forma de entrada de agentes econômicos em tal segmento. Diferentemente do que ocorre com os meios impressos de comunicação, que dispensam qualquer licença do Poder Público, por força do artigo 220, § 6º, da Constituição, a exploração do serviço de radiodifusão de sons e imagens depende de *concessão ou permissão* do Poder Executivo, nos termos do artigo 223 da Constituição, tendo em conta a escassez do espectro eletromagnético apto a possibilitar o desenvolvimento da atividade.¹⁸⁶

Esse ato de delegação, distintamente das demais outorgas de serviço público, deve ser aprovada pelo Congresso Nacional, com auxílio do Conselho de Comunicação Social, órgão vinculado ao Poder Legislativo Federal, na forma do artigo 224 da Constituição. O referido Conselho foi inspirado no modelo da *Federal Communications Commission*, agência de regulação das autorizações de empreendimentos de comunicação dos Estados Unidos existente desde 1934, embora o órgão brasileiro tenha funções meramente consultivas, o que não ocorre com a congênere americana. Conquanto legalmente instituído, o Conselho de Comunicação Social funcionou por brevíssimos momentos na Nova República, sendo somente reinstalado em plena atividade em 2012.¹⁸⁷

Há outra peculiaridade quanto à concorrência nesse setor. É cediço que a legislação brasileira, de forma similar à americana e europeia, não reprime a formação de monopólios de determinada atividade em si, mas somente se os acordos que lastreiam tais práticas concentracionistas gerem abuso de posição

¹⁸⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 130, Tribunal Pleno, Relator Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 30 de abril de 2009.

¹⁸⁶ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 148.

¹⁸⁷ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Regime Jurídico-Econômico da Atividade de Comunicação**, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2013, pgs. 69-70.

dominante, obtenção de lucro excessivo e demais práticas proibidas pela legislação.¹⁸⁸ Contudo, a determinação do artigo 220, § 5º, o qual afirma *que os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio*, faz com que as práticas concentracionistas em ramo, mesmo que não gerem prejuízos à ordem concorrencial, sejam proscritas do ordenamento brasileiro. Essa especial proteção decorre das inúmeras externalidades que decorrem da atividade de comunicação, salientando Caio Mário da Silva Pereira Neto que:

A Constituição Federal estabelece uma presunção absoluta de prejuízo à concorrência nos casos que envolvam atos de concentração que possam levar a criação de estruturas oligopolistas ou monopolistas no setor de comunicação social. O legislador constituinte não deixa qualquer margem para que a autoridade concorrencial avalie, como faz em relação a outros setores da economia, se o oligopólio resultante de certo ato de concentração seria suficientemente competitivo ou se o monopolista teria seu poder reduzido em virtude da contestabilidade do mercado relevante. Em outras palavras, via de regra, concentração empresarial tendente ao monopólio ou oligopólio no setor de comunicação social preenche a *factispecie* do *caput* do artigo 54 (i.e. constitui um ato que possa prejudicar a concorrência, se existe a possibilidade de exercício de poder de mercado). Essa possibilidade é presumida constitucionalmente, levando em consideração o prejuízo que estruturas concentradas podem trazer para o pluralismo político e cultural.¹⁸⁹

Contudo, como a mencionada disposição ainda não foi regulamentada, cabe a aplicação, no setor, das normas previstas nas leis antitrustes¹⁹⁰. Já foi aforada, inclusive, ação direta de inconstitucionalidade por omissão pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL com vistas a decretar a mora do legislador sobre a regulamentação do aludido artigo, demanda esta que ainda pende de julgamento.¹⁹¹

¹⁸⁸ FARIA, Werter Rotunno. **Constituição Econômica: Liberdade de Iniciativa e Livre Concorrência**, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990, p. 25.

¹⁸⁹ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. **Análise de Concentração Econômica no setor de Comunicação: Defesa da Concorrência, Democracia e Diversidade na Esfera Pública** in Revista de Direito da Concorrência, Edição Especial, 2003, pgs. 68-69.

¹⁹⁰ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **A Regulamentação Concorrencial dos Meios de Comunicação Social**, in Anais do XX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito, Vitória, 2011, p. 3313.

¹⁹¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADO 11, Tribunal Pleno, Relator Min. Rosa Weber, autos conclusos.

O caso mais paradigmático julgado pelo CADE no setor de radiodifusão foi o Processo Administrativo nº 53500.000359/99¹⁹². Tratava-se de representação da TVA Sistema de Televisão, operadora do serviço de distribuição de televisão a cabo denominado Directv, contra a TV Globo Ltda., na qual se imputava a esta última estar ilicitamente recusando-se a autorizar a representante a incluir em seu sinal os canais da Rede Globo, com o único intuito de beneficiar outra distribuidora de TV a cabo, a Sky. Lastreava a denunciante sua pretensão no abuso de posição dominante da TV Globo e na violação do artigo 23 da Lei nº 8.977/95, que expressamente determina aos distribuidores de TV a cabo *transmitir canais das emissoras geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens, em VHF ou UHF, abertos e não codificados, cujo sinal alcance a área do serviço de TV a Cabo e apresente nível técnico adequado*, obrigação esta denominada pela doutrina norte-americana de *carry-on law*.

O relator do caso, Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca, entendeu pela violação das normas concorrenciais pela TV Globo ao esta se recusar a transmitir seu canal também à Directv, afirmando que a conduta releva uma tentativa de furtar-se a empresa de permitir que outras companhias utilizassem as *facilidades essenciais* decorrentes da prestação de tal serviço, impedindo o acesso de concorrente às fontes de insumo, equipamentos e tecnologia, subsumindo-se à proibição constante no artigo 21, inciso VI, da então vigente Lei nº 8.884/94.

Essa, contudo, não foi a decisão da maioria do CADE, tendo os demais conselheiros entendido que a orientação da Anatel, no sentido da não utilização da doutrina das *essential facilities* no caso em apreço, vincularia o órgão concursal, tendo em conta o disposto no artigo 5º da Lei das Telecomunicações. Assim fundamentou o voto vogal do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo:

O voto do ilustre Conselheiro-Relator, a pretexto de decifrar a intenção do legislador – “o meio mais moderno de transmissão até então existente” – não apenas extrapolou as competências do CADE (ao interpretar e aplicar, com critérios impróprios e diversos da ANATEL, o artigo 23 da Lei do Cabo) como também se socorreu de recurso hermenêutico rígido e inadequado à melhor modelagem de

¹⁹² BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Processo Administrativo nº 53500.000359/99, Relator Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca, Redator para Acórdão Hebe Teixeira Romano, julgado em 20 de junho de 2001.

aplicação do direito a situações dinâmicas. A teoria do direito tem insistido, no campo da aplicação da leis às tecnologias de ponta, na condução do sistema jurídico com base em conceitos prudentes e flexíveis, como “soft law”, “diritto mite” ou “derecho blando”. As rápidas transformações em curso na área de radiodifusão e telecomunicações (digitalização, convergência de tecnologias, informatização etc.) não comportam regulação com base em situações antigas. Assim fosse, não haveria a menor necessidade de órgãos reguladores dotados de agilidade normativa, especialização profissional e independência técnica, como a ANATEL. Bastaria o recurso “analógico” ou “teleológico” da aplicação do direito por uma super-agência. Felizmente, não é este o papel do CADE.¹⁹³

Assim, o entendimento da Anatel, chancelado pelo CADE, foi no sentido de, malgrado a posição dominante da Rede Globo no mercado de radiodifusão, ela não estaria obrigada legalmente a transferir seu público cativo a seus concorrentes mediante o compartilhamento de sinais de TV a cabo. Em outras palavras, como leciona Eros Grau, a livre concorrência, ou seja, o livre jogo das forças de mercado, supõe desigualdade ao final da competição, a partir, porém, de um quadro de igualdade jurídico formal, gerando-se uma presunção absoluta ao CADE quanto à apreciação da concorrência pelo referido órgão regulador.¹⁹⁴

A despeito do citado precedente, o CADE possui jurisprudência no sentido de imputar a concessionárias de radiodifusão infrações à ordem concorrencial quando as condutas denunciadas não estiverem no âmbito de atribuição da Anatel. Com efeito, ao julgar o Processo Administrativo nº 53500.003888/2001, remetido à autarquia pela própria Anatel, o CADE condenou duas empresas de distribuição de canais a cabo do Estado de Santa Catarina por essas, em conluio, terem dissimulado a aquisição de cotas societárias uma das outras, fazendo com que se uniformizassem a programação ofertada e que a cobrança da retribuição fosse aumentada,¹⁹⁵

A imposição de que a responsabilidade editorial e de que pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de

¹⁹³ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Processo Administrativo nº 53500.000359/99, Relator Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca, Redatora para Acórdão Hebe Teixeira Romano, julgado em 20 de junho de 2001.

¹⁹⁴ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 14ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 210

¹⁹⁵ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Processo Administrativo nº 53500.003888/2001, Relator Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos, julgado em 24 de agosto de 2005.

radiodifusão devam pertencer a brasileiros, peculiaridade da tradição constitucional brasileira¹⁹⁶, também já passou pelo crivo do CADE. No julgamento do Ato de Concentração nº 08012.009796/2009-85¹⁹⁷, a companhia holandesa Viacom Global e a Grupo Abril S.A. submeteram ao Conselho a extinção da *joint venture* formada entre as partes para criação do canal a cabo MTV Networks, voltando a firma à propriedade da Abril. Notou o CADE que, apesar da operação trazer de volta o controle acionário à companhia brasileira, a composição anterior permitia que conselheiros da Abril fossem indicados pela Viacom e que esta participasse das decisões sobre a seleção da programação, o que é vedado expressamente pelo artigo 220, § 2º, da Constituição. A pretérita formação acionária, aliás, foi, aliás, aprovada pelo Conselho em 2005, nos autos do Ato de Concentração nº 08012.000730/2005-04¹⁹⁸

Pelo exposto, o controle da concorrência no segmento de radiodifusão brasileiro pelo CADE não é o melhor modelo a ser seguido, ante as especificidades determinadas pela Constituição para o setor, que em muito se dissociam das condutas tipificadas como ilícitos concorrencias pela legislação antitruste ordinária. A criação de órgãos executivos de controle das concessões e o fortalecimento do Conselho de Comunicação Social do Congresso Nacional são medidas urgentes para que tal mercado não se desenvolva sem a devida tutela concorrencial dirigida pela manutenção do pluralismo de ideias e formas de expressão.

¹⁹⁶ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **O Capital na Comunicação Social** in Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 50, número 198, 2013, p. 123.

¹⁹⁷ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Ato de Concentração nº 08012.009796/2009-85, Conselheiro Relator César Costa Alves de Mattos, 20 de janeiro de 2010.

¹⁹⁸ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Ato de Concentração nº 08012.000730/2005-04, Conselheiro Relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos, 13 de julho de 2005.

CONCLUSÕES

Como visto na análise histórica desenvolvida nesta monografia, os serviços públicos brasileiros desde há muito deixaram de ser prestados direta e unicamente pelo Estado e em regime de monopólio. Baseado no modelo adotado pelos tratados de integração dos países europeus firmados no século passado no sentido de progressivamente quebrar tradicionais monopólios estatais e limitar a atuação do Poder Público na exploração de atividades somente em hipóteses muito específicas, vê-se no Brasil uma crescente abertura ao capital privado, à pulverização de agentes e à formação de mercados em concorrência nos serviços públicos.

Entretanto, o que ainda se mantém é a imposição aos agentes econômicos que atuam em tal segmento de regras diametralmente opostas às aplicáveis às atividades econômicas em sentido estrito, quais sejam, a universalidade de cobertura, a continuidade do serviço e a modicidade dos preços cobrados. Essas medidas, que não podem ser esquecidas, justificam-se pela necessidade de diminuição dos abismos sociais existentes entre as classes brasileiras, garantindo-se um padrão mínimo de vida a todos, finalidade última dos serviços públicos.

Malgrado os aludidos objetivos sejam melhores assegurados pela atuação de um único agente econômico estatal, os argumentos no sentido da necessidade de delegação dos serviços públicos à iniciativa privada por conta das profundas alterações tecnológicas ocorridas em muitos setores acabou sagrando-se vencedor, restando ao Estado única e exclusivamente a regulação dos serviços públicos, para cumprimento das sobreditas imposições legais. Deve-se salientar, contudo, que as sucessivas emendas constitucionais e suas posteriores regulamentações da década de 1990, no sentido de entregar aos particulares muitas atividades confiadas ao Estado pelo legislador constituinte originário traduzem-se em inequívoca *escolha política*, não sendo, necessariamente, a melhor opção apta a cumprir os objetivos que fazem certas atividades econômicas revestirem-se da qualidade de serviços públicos.

Se o novo modelo de gestão dos serviços públicos brasileiros foi inspirado na legislação da União Europeia, a tutela da concorrência no setor se baseou na jurisprudência desenvolvida nos Estados Unidos, utilizando o CADE amplamente em

seus julgados as soluções judiciais que originaram as denominadas *Persuasive Power Doctrine*, e *State Action Doctrine*. Os desenvolvimentos das referidas orientações estão como visto, ligados, respectivamente, aos extensos poderes regulatórios conferidos às agências norte-americanas e à *marcante autonomia* dos Estados-membros daquela federação.

De rigor notar, assim, que essas doutrinas devem ser usadas com comedimento pela autoridade concorrencial brasileira dado que seus fundamentos não encontram guarida em nosso sistema constitucional porquanto os órgãos reguladores nacionais desfrutam de reduzido poder normativo se comparados aos seus congêneres americanos e por possuírem os Estados e Municípios brasileiros escassas competências legislativas outorgadas pela Constituição. Malgrado essas importantes diferenças, o prestígio que as apontadas construções jurisprudenciais trazem à regulação estatal em detrimento da aplicação da lei concorrencial é, ante a lacuna na legislação brasileira, a melhor opção, em atenção ao grau técnico das decisões dos órgãos reguladores e da não existência de competição perfeita nesses setores altamente regulados, o que implica uma significativa diminuição das atribuições da autoridade da concorrência.

Nos três setores analisados nos quais há a expressa previsão legal de compartilhamento da tutela da concorrência entre o órgão regulador e a autoridade concorrencial – gás natural, energia elétrica e telecomunicações – percebe-se da análise jurisprudencial do CADE que, ainda que não haja firme orientação no sentido da aplicação ou não da *State Action Doctrine* no ordenamento brasileiro, há um sistemático prestígio à atuação dos órgãos reguladores em matéria concorrencial. Não se encontrou, nos mais de vinte acórdãos analisados, nenhuma decisão que discordou do procedimento das agências reguladoras, havendo equilíbrio na divisão entre as matérias concorrenciais analisadas pelo CADE e as de atribuição das agências. Mesmo no caso dos transportes públicos, nos quais a regulação é delegada constitucionalmente aos Municípios, o Conselho tem tido o cuidado de analisar demandas somente nas quais haja verdadeiro espaço concorrencial, privilegiando as políticas públicas de cada municipalidade na gestão do transporte urbano.

Especial consideração merece o segmento de comunicação social. Mais devido à omissão legislativa na falta de regulamentação do setor do que ao procedimento do CADE na garantia da concorrência desse mercado, a radiodifusão, apesar de sua importância como garantia da liberdade de expressão, é o segmento mais desregulamentado dos serviços públicos, sendo de pouco impacto em tal mercado altamente concentrado a submissão dos atos de concentração do segmento ao CADE. Imperiosa, assim, a elaboração de lei que regule o artigo 220, § 5º, da Constituição, porquanto a autoridade concorrencial, frente ao vazio normativo, não pode diferenciar esse ramo econômico somente com base na legislação antitruste vigente como determinado pelo constituinte originário.

Como visto, a análise antitruste tradicional não é capaz de responder de forma desejável às alterações que a atividade regulatória trouxe para a concorrência. Uma possível solução para melhorar tal intersecção e evitar a criação de conflitos entre entes estatais é a maior aproximação técnica entre as agências reguladoras e o CADE na tomada de decisões de inquéritos e atos de concentração. Era nesse sentido o Substitutivo ao Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 3.937/2004, o qual originou a novel legislação concorrencial de 2011, que determinava extenso diálogo e troca de informações em todos os processos de apuração de infrações à ordem econômica de mercados regulados entre o CADE e os órgãos reguladores, dando concretude às esparsas disposições legais que sinalizavam para essa convergência de atuação. Todavia, a proposta restou rejeitada pelos parlamentares sob o argumento da *independência das agências reguladoras*. Longe de ferir essa autonomia, serviria a proposição para garantir, a um só tempo, a não ocorrência de divergências entre os órgãos competentes e uma tutela mais segura da concorrência dos serviços públicos e de seus princípios reitores.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. **Análise Antitruste para Atos de Concentração**, Brasília, 2014.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **A Regulamentação Concorrencial dos Meios de Comunicação Social**, *in* Anais do XX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito, Vitória, 2011.

ANDRADE, Diogo Thomson. **A Análise Regulatória e Concorrencial de Atos de Concentração Econômica no Setor de Telecomunicações** *in* Publicação da Escola da AGU: Debates sobre o Direito da Concorrência, Brasília, 2011.

ARAÚJO, Gilvadro. **O CADE na análise da concorrência dos serviços públicos: o exemplo da consulta sobre a concessão do transporte municipal em Manaus**, *in* Publicação da Escola da AGU: Debates sobre o Direito da Concorrência, Brasília, 2001.

ARIÑO, Gaspar. **Economia y Estado: crisis y reforma del sector público**, Madrid, Marcial Pons, 1993.

ARIÑO, Gaspar; CUÉTAR, Juan Miguel de la; LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. **El Nuevo Servicio Público**, Madrid, Marcial Pons, 1997.

ASCARELLI, Tulio. **Teoria della Concorrenza e dei Beni Immateriali: Lezioni di Diritto Industriale**, 2ª Edição, Milão, Dott. A Giuffrè Editre, 1957.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**, 15ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 1998.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**, *in* Obras Completas de Rui Barbosa, Vol. XLVI, Tomo II, Editora do Ministério da Educação e Saúde, 1951.

BARCELLOS, Marta. **História do Mercado de Capitais no Brasil**, São Paulo, Elsevier, 2010.

BERLE, Adolf; MEANS, Gardiner. **A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada**, Tradução de Diohan de Abreu Azevedo, São Paulo, Editor Victos Civitas, 1984.

BORGES, Ilia Freira Fernandes; MARTINS, Luciana Queiroz de Melo Martins; CASTRO, Lydia Maria Cruz de. **Direito Ambiental Aplicado à Indústria do Petróleo e Gás Natural**, Fortaleza, Editora Fundação Konrad Adenauer, 2004.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08012.02818/98-90, Relator Conselheiro Ruy Santacruz, julgado em 19 de janeiro de 2000.

_____. Processo Administrativo nº 08000.02605-97-52, Relator Conselheiro Marcelo Procópio Calliari, julgado em 20 de janeiro de 2000.

_____. Ato de Concentração nº 08012.009701/1999-81, Relator Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto, julgado em 23 de agosto de 2000.

_____. Ato de Concentração nº 08012.010136/1999-96, Relator Conselheiro Celso Fernandes Campilongo, julgado em 11 de outubro de 2000.

_____. Processo Administrativo nº 08012.006207/1998-48, Relator Conselheiro Afonso de Melo Franco Neto, julgado em 31 de janeiro de 2001.

_____. Ato de Concentração nº 08012.000035/2000-68, Relator Conselheiro Mércio Felsky, julgado em 14 de março de 2001.

_____. Processo Administrativo nº 53500.000359/99, Relator Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca, Redator p/ Acórdão Hebe Teixeira Romano, julgado em 20 de junho de 2001.

_____. Ato de Concentração nº 53500.005688/2000, Relator Conselheiro Cleveland Prates Teixeira, julgado em 16 de outubro de 2002.

_____. Ato de Concentração nº 53500.001673/2001, Relator Conselheiro Roberto Augusto Pfeiffer, julgado em 19 de março de 2003.

_____. Ato de Concentração nº 53500.002055/2001, Relator Conselheiro Roberto Augusto Pfeiffer, julgado em 19 de março de 2003,

_____. Ato de Concentração nº 08012.002455/2002-11, Relator Conselheiro Augusto Castellanos Pfeiffer, julgado em 6 de agosto de 2003.

_____. Ato de Concentração nº 08012.006688/2001-01, Relator Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 18 de fevereiro de 2004.

_____. Averiguação Preliminar nº 53500.002141/2003, Relator Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos julgado em 6 de abril de 2005.

_____. Averiguação Preliminar nº 08012.003604/2003-31, Relator Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos, julgado em 6 de abril de 2005.

_____. Processo Administrativo nº 080012.07443/99-17, Relator Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, voto-vista do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 27 de abril de 2005.

_____. Processo Administrativo nº 080012.006525/2001-11, Relator Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 18 de maio de 2005.

_____. Ato de Concentração nº 08012.000730/2005-04, Conselheiro Relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos, 13 de julho de 2005.

_____. Processo Administrativo nº 53500.003888/2001, Relator Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos, julgado em 24 de agosto de 2005.

_____. Processo Administrativo nº 53500.001821/2002, Relator Conselheiro Augusto Castellanos Pfeifer, julgado em 14 de setembro de 2005.

_____. Averiguação Preliminar nº 08000.003157-2002-30, Relator Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos, julgado em 19 de julho de 2006.

_____. Averiguação Preliminar nº 08012.06076/2003-72, Relator Conselheiro Luis Carlos Tadeu Delorme Prado, julgado em 5 de setembro de 2007.

_____. Ato de Concentração nº 08012.001869/2009-91, Relator Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, julgado em 13 de maio de 2008

_____. Ato de Concentração nº 08012.002806/2008-71, Relator Conselheiro Lucas Carlos Thadeu Prado, julgado em 25 de junho de 2008.

_____. Ato de Concentração nº 08012.007852/2007-85, Relator Conselheiro Paulo Furqim de Azevedo, julgado em 23 de julho de 2008

_____. Ato de Concentração nº 08012.000109/2008-85, Relator Conselheiro Paulo Furqim de Azevedo, julgado em 27 de agosto de 2008.

_____. Ato de Concentração nº 08012.002042/2009-02, Relator Conselheiro César Costa Alves de Mattos, julgado em 13 de maio de 2009.

_____. Averiguação Preliminar nº 08012.006212/2003-24, Relator Conselheiro César Costa Alves de Mattos, julgado em 28 de outubro de 2009.

_____. Ato de Concentração nº 08012.009796/2009-85, Conselheiro Relator César Costa Alves de Mattos, 20 de janeiro de 2010.

_____. Processo Administrativo nº 53500.012487/2007, Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Jopert Ragazzo, julgado em 28 de abril de 2010.

_____. Ato de Concentração nº 080012.007452/2009-31, Relator Conselheiro César Costa Alves de Mattos, julgado em 19 de maio de 2010.

_____. Processo Administrativo nº 08012.004989/2003-54, Relator Conselheiro César Costa Alves de Mattos, julgado em 18 de agosto de 2010.

_____. Processo Administrativo nº 08012.008506/1998-90, Relator Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, julgado em 9 de julho de 2010.

_____. Ato de Concentração nº 08012.005789/2008-23, Relator Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, julgado em 20 de outubro de 2010.

_____. Ato de Concentração nº 08012.006171/2010-03, Relator Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, julgado, após apreciação dos embargos de declaração, em 9 de fevereiro de 2011.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MS nº 11.833, Primeira Seção, Relator Ministro Luiz Fux julgado em 22 de novembro de 2006.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 220.906, Tribunal Pleno, Relator p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa, julgado em 14 de novembro de 2002.

_____. ADI 2.349, Tribunal Pleno, Relator Min. Eros Grau, julgado em 31 de agosto de 2005.

_____. AgRg no RE 524.615, Tribunal Pleno, Relator Eros Grau, julgado em 9 de setembro de 2008.

_____. ADPF 130, Tribunal Pleno, Relator Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 30 de abril de 2009.

_____. ADPF 46, Tribunal Pleno, Relator p/ Acórdão Min. Eros Grau, julgado em 5 de agosto de 2009.

_____. RE 599.628, Tribunal Pleno, Relator p/ Acórdão Min. Joaquim Barbosa, julgado em 25 de maio de 2011.

_____. RG no RE 600.867, Tribunal Pleno, Relator Min. Joaquim Barbosa, julgado em 8 de dezembro de 2011.

_____. RE 601.392, Tribunal Pleno, Relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 28 de fevereiro de 2013.

_____. RE 589.998, Tribunal Pleno, Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20 de março de 2013.

_____. ADO 11, Tribunal Pleno, Relator Min. Rosa Weber, autos conclusos.

BRASIL. SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTÇA. AC 700.597-5/5-00, Décima Quinta Câmara de Direito Público, Des. Rodrigues de Aguiar, julgado em 26 de julho de 2008.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO. AI 2002.01.00.011049-9/DF, Quinta Turma, Relatora Des. Selene Maria de Almeida, julgado em 2 de setembro de 2002.

BRUNETTO, Thiago Cechinni. **Reforma do Estado, Estado Regulador**, in MOLL, Luiza Helena (org.). *Agências de Regulação do Mercado*, Porto Alegre, Editora da UFRGS, 2002.

BULGARELLI, Waldírio. **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**, 3ª Edição, São Paulo, Atlas, 1997.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, Projeto de Lei nº 3.712/93, parecer do Deputado Federal Fábio Feldman, da Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias, disponível eletronicamente no sítio de *internet*: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D95EB3BAD8E5CF6578CC490660EC3F9D.proposicoesWeb1?codteor=1138249&filename=Avulso+-PL+3712/1993, p. 147, acesso em 21 de setembro de 2014.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas Camargo. **Direito Econômico e Direito Administrativo: O Estado e o Poder Econômico**, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.

_____. **Direito Econômico, Direitos Humanos e Segurança Coletiva**, Porto Alegre, Nuria Fabris Editora, 2007.

_____. **Glosas sobre a Concorrência no Pensamento de Werter Faria in** Títulos de Crédito, Concorrência e Mercosul: Estudos em Homenagem ao Professor Werter R. Faria, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.

_____. **A Mídia e a Constituição: Programação de Rádio e TV e suas externalidades**, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2013.

_____. **Regime Jurídico-Econômico da Atividade de Comunicação**, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2013.

_____. **Curso Elementar de Direito Econômico**, Porto Alegre, Nuria Fabris Editora, 2014.

CARVALHOSA, Modesto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1969**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972.

CASSAGNE, Juan Carlos. **La Intervención Administrativa**, 2ª Edição, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.

CLARK, Giovani. **O Município em face do Direito Econômico**, Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

COMISSÃO EUROPEIA. Decisão da Comissão de 7 de outubro de 2008 relativa a um processo nos termos do n.º 3 do artigo 86.º do Tratado CE referente à legislação postal eslovaca em matéria de serviços de correio híbrido (Caso COMP/F-1/39.56).

_____. Regulamento (UE) 330//2010 da Comissão Europeia de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101º, nº 3º, do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas correlatas.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos Jurídicos da Macro-empresa**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970.

_____. **Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988**, São Paulo, Revista de Direito Público n° 93, outubro de 1987.

_____. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, 4ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 2005.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Defesa da Concorrência e direitos fundamentais das empresas: da responsabilização da Autoridade da Concorrência por danos ocasionados em actuações de inspecção** in ALBUQUERQUE, Ruy, Regulação e Concorrência: Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência, Coimbra, Almedina, 2005.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Privatização no Brasil e o novo Exercício de Funções Públicas por Particulares: Serviço Público “à Brasileira”?**, Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul: Cadernos de Direito Público, n° 57, Supl., 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**, Volume IV: O Pessoal da Administração Pública, 2ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**, 6ª Edição, São Paulo, Atlas, 2008.

_____. **Direito Administrativo**, 27ª Edição, São Paulo, Atlas, 2013.

DUGUIT, Léon, **Les Transformations du Droit Public**, tradução livre, Paris, Librairie Armand Colin, 1925.

FARIA, Werter Rotunno. **A Ordem Econômica no Projeto de Constituição**, in Constituição Econômica: Liberdade de Iniciativa e Livre Concorrência, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine: an FTC Staff Report**, Washington, 2006.

GABAN, Eduardo Molan. **Regulação do Setor Postal**, São Paulo, Saraiva, 2012.

GASPARINI, Melissa Ferreira. **Livre Concorrência na Prestação de Serviços de Telecomunicações**, Franca, UNESP, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Serviço Público de distribuição de gás canalizado: competência municipal, exclusividade e âmbito de prestação**, São Paulo, Revista de Direito Público nº 84, outubro de 1987.

_____. **O Estado, a Empresa e o Contrato**, São Paulo, Malheiros, 2005.

_____. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 14ª Ed, São Paulo, Malheiros, 2009.

GEORGIN, Charles. **Cours de Droit Administratif, Livre Premier: Organization Générale des Services Publics**, Paris, Léon Eyrolles Éditeur, 1938.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti, **O Serviço Público e a Constituição de 1988**, São Paulo, Malheiros, 2003.

JAGER JÚNIOR, Augusto; SCHWAGER, Simon. **A Política de Defesa da Concorrência na União Europeia e no Mercosul: uma comparação de experiências**, in Publicações da Escola da AGU: Debates em Direito da Concorrência, Brasília, 2011.

JAGUARIBE, Helio. **O Nacionalismo na Atualidade Brasileira**, Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão, 2013.

JÈZE, Gaston, **Principios Generales del Derecho Administrativo**, Tradução de Julio Millán Almagó, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1949.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições Regulatórias à Concorrência**, Belo Horizonte, Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal, **Curso de Direito Administrativo**, 6ª Edição., Belo Horizonte, Fórum, 2013.

LAPLANE, Andrea. **Direito, Concorrência e Desenvolvimento: A Atuação do CADE no Caso da Indústria Petroquímica** (dissertação de mestrado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

LAUDADÈRE, André de. **Direito Público Econômico**, Coimbra, Almedina, 1985.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**, 6ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

MATOS, Nuno Albuquerque. **Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral: Revista ao Acórdão Altmark**, Campo Grande, Revista de Ciências Jurídicas e Económicas, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 39ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 27ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2012.

_____ **Competência Urbanística Municipal e Competência da União em Matéria de Telecomunicações: Interferências** in LIMA, Sérgio Mourão Correa (coord.) **Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho**, Rio de Janeiro, Forense, 2006.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**, vol. IV, 2ª Edição, São Paulo, Max Limonad, 1953.

MISES, Ludwig von. **O Mercado**, Tradução de Donald Stewart Jr., Rio de Janeiro, José Olímpio Editora, 1987.

MOREIRA, Vital, **Os Serviços Públicos Tradicionais sob o Impacto da União Europeia**, in Revista de Direito Administrativo Económico, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 19, agosto-outubro, 2009.

MORGAN, Thomas. **Modern Antitrust Law and its Origins**, Saint Paul, West Publishing Company, 1994.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Económico**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

PEREIRA, Roberto de Andrade, **Privatizações: Síntese Histórica e Avaliação**, (dissertação de mestrado), Faculdade de Ciências Económicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. **Análise de Concentração Económica no setor de Comunicação: Defesa da Concorrência, Democracia e Diversidade na Esfera Pública** in Revista de Direito da Concorrência, Edição Especial, 2003.

QUADROS, Fausto de. **Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público: contributo para o estudo da natureza do Direito Comunitário Europeu**, Lisboa, Almedina, 1991.

RICCA-BARBERIS, Mario. **I Sindacati Industriali e la Giurisprudenza**, in *Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo*, volume I, parte primeira, Milão, Casa Editrice DSottor Francesco Vallardi, 1903.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, **Do Contrato Social ou os Princípios de Direito Político**, Tradução de Antônio de Pádua Danesi, São Paulo, Martins Fontes, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos**, 2ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2008.

_____. **Regulação e Concorrência: Estudos e Pareceres**, São Paulo, Malheiros, 2002.

_____. **Regulação e Desenvolvimento**, São Paulo, Malheiros, 2002.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação da atividade de petróleo e do gás natural no Brasil** in GUERRA, Sérgio (Org.), *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*, São Paulo, Editora da Fundação Getúlio Vargas, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 34ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2011.

SCOTT, Paulo Henrique. **Direito Constitucional Econômico: Estado e Normalização da Economia**, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

SHIEBER, Benjamin. **Abusos do Poder Econômico: Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos EUA**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações: Investigação sobre sua Natureza e suas Causas**, volume II, Tradução de Luiz João Baraúna, São Paulo, Victor Civita Editor, 1983.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos Fundamentais e Direito Comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias**, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2000.

SOUZA, Washington Peluso Albino de **Do econômico nas Constituições vigentes**, Belo Horizonte, Revista Brasileira de Estudos Políticos, Vol. 2, 1961.

_____. **Adam Smith e o Ouro das Minas Gerais (O Tratado de Methuen)**, Belo Horizonte, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, nº 17, outubro de 1976.

_____. **Normas Gerais de Direito Econômico** in Revista de Direito Econômico, volume 31, Brasília, 2000, p. 89.

_____. **Lições de Direito Econômico**, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 2002.

_____. **Questões Polêmicas de Direito Econômico**, São Paulo, LTr, 2008.

SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e; MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Regulação e Concorrência no Setor de Telecomunicações** in MARQUES, Claudia Lima (coord.), O Novo Direito Internacional – Estudos em Homenagem a Erik Jayme, Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States v. Terminal Railway Association of St. Louis*, 224 U.S. 383 (1912).

_____. *United States v. Cooper Corp.*, 312 U.S., 600 (1941).

_____. *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341 (1943).

_____. *United States v. Radio Corporation of America*, 358 U.S. 334 (1959).

_____. *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight* 365 U.S. 127 (1961).

_____. *United Mine Workers v. Pennington* 381 U.S. 657 (1965).

_____. *California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal Aluminium Inc.*, 445 U.S. 97 (1980).

_____. *Hoover v. Ronwin*, 466 U.S. 588 (1984).

_____. *Brown et. al. v. Pro Football, Inc.*, 518 U.S. 231 (1996).

_____. *Postal Service v. Flamingo Industries*, 540 U.S. 736 (2004).

TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**, São Paulo, Saraiva, 1975.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Imunidade *Parker v. Brown*: releitura das doutrinas *state action* no ordenamento jurídico brasileiro**, in Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, volume 3, nº 2, Brasília, BCB, 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Procureur du Roi v. Paul Corbeau*, C-320-91 [1993] ECR I-2533.

_____. *SIC – Sociedade Independente de Comunicação SA v. Comissão das Comunidades Europeias*, T-46-97 [2000] ECR II-2129.

_____. *Ferring AS v. Agence centrale des organismes de sécurité sociale*, C-53/00 [2001] ECR I-9099.

_____. *Conorzio Industrie Fiammiferi v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-198/01, [2003] ECR I-8055.

WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel; WALD, Alexandre. **O Direito de Parceria e a Lei de Concessões: análise das Leis nº 8.987/95 e 9.0974/95 e legislação subsequente**, São Paulo, Editora Saraiva, 2004.