



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU)

ESPECIALIZAÇÃO EM CONTROLE DA REGULAÇÃO - 2ª EDIÇÃO

REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA NO BRASIL: COMPLEMENTARIDADE,
CONFLITOS E COMPETÊNCIA NAS LEIS
DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E NA LEI ANTITRUSTE

CIRO ANTONIO SEABRA BATISTA

Orientadora: D^{ra} Regina Cláudia Gondim Bezerra Farias

Brasília – DF

2011

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU)
INSTITUTO SERZEDELLO CORRÊA (ISC/TCU)
ESPECIALIZAÇÃO EM CONTROLE DA REGULAÇÃO - 2ª EDIÇÃO

REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA NO BRASIL: COMPLEMENTARIDADE,
CONFLITOS E COMPETÊNCIA NAS LEIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E NA
LEI ANTITRUSTE

CIRO ANTONIO SEABRA BATISTA

Orientadora: D^{ra} Regina Cláudia Gondim Bezerra Farias

Artigo apresentado ao Instituto Serzedello Corrêa - ISC/TCU, como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Controle da Regulação.

Brasília – DF

2011

SUMÁRIO

	Folhas
Resumo.....	04
1. Introdução.....	05/06
2. Fundamentação Teórica.....	06
2.1. Constituição Econômica e Ordem Econômica: noções e princípios.....	06/08
2.2. Da Defesa da Concorrência e da Regulação nos Serviços Públicos.....	08/10
2.3. Diferenças Básicas de Atuação entre Regulador e Autoridade Antitruste.....	10/13
2.4. Das Teorias Conciliadoras entre a Supremacia do Direito Regulatório e o Direito Antitruste.....	13/14
2.5. Do Ordenamento Jurídico Setorial e da Supremacia Especial Face às ARs..	14/15
2.6. Alguns destaques da Experiência Internacional no Setor Antitruste.....	15/17
3. Resultado e Discussão.....	17
3.1. ANTT, Antaq e Anac.....	17/18
3.2. Anatel.....	18/20
3.3. Aneel.....	20/22
3.4. Projetos de Lei das Agências Reguladoras e do CADE.....	23
3.5. Do Conflito entre o Bacen e o Cade.....	24/26
3.6. A Posição Internacional quanto à Adoção de Modelos de Controle dos Atos Concentração no Sistema Financeiro frente à Legislação Antitruste.....	26/28
3.7. Projetos Bacen x Cade.....	28
4. Conclusão.....	28/31
5. Referências.....	32/34

RESUMO

Este artigo, por meio da metodologia da pesquisa bibliográfica, leis, jurisprudência administrativa, normas produzidas pelas agências reguladoras e órgãos de controle da concorrência, e da jurisprudência do poder judiciário brasileiro, levanta os principais pontos de conflito entre as agências reguladoras e o Cade, discute a posição do judiciário nestes conflitos e as idéias nas teorias econômicas, na doutrina, nas determinações contidas na legislação, bem como os países mais representativos da economia mundial têm se comportado na conciliação destes conflitos, e como se refletem na legislação brasileira. Conclui que as possíveis soluções devem vir de ações complementares e conjuntas entre as autarquias reguladoras e o Cade, tendo este a palavra final. Conclui, ainda, pela proposta de estudos para a criação de um órgão complexo (Comissão de Assuntos Regulatórios e Concorrenciais), que dará uma maior clareza nas atuais competências das atividades reguladoras e concorrenciais, sendo o responsável pela eliminação de conflitos entre agências reguladoras e o Cade, determinando ainda as condições técnica para a celebração de acordos e convênios entre o sistema regulatório e da concorrência, além de fixar, à luz da legislação, a política de compatibilidade ente regulação e concorrência, administrando algum conflito surgido entre regulação e concorrência, incluindo o sistema financeiro.

Palavras-chave. Agência. Banco. Conflito. Complementar. Competência. Ato de concentração. Antitruste. Cade. Financeiro. Regulação. Teoria. Fusão.

1. INTRODUÇÃO

Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência surgiram a partir de 1890, data da publicação do *Sherman Act* nos Estados Unidos, que visava evitar o domínio de mercado pelos monopolistas e proteger o consumidor. Conflitos surgiram, anos depois, início do século XX, com a regulação do estado social - Welfare State, onde se faz presente a regulação das atividades econômicas e dos serviços essenciais (serviços públicos). Estes conflitos ocorrem quando se tenta coadunar a busca pela concorrência com a liberdade de mercado e a prestação de serviços públicos, uma vez que essas atividades possuem objetivos e princípios as vezes incompatíveis entre si.

Diversas teorias econômico-jurídicas surgiram tentando explicar as situações em que devem prevalecer ou não princípios anticoncorrenciais frente à Regulação: Teoria Neoclássica Econômica, Teoria da Ação Política e Teoria do Poder Amplo.

Este estudo é relevante por abordar as atribuições existentes no arcabouço jurídico brasileiro quanto aos órgãos constituintes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e as Agências Reguladoras (ARs). O exercício das atribuições legais por parte desses diversos agentes no ambiente econômico pode gerar, por vezes, incertezas às atividades econômicas, no sentido de retardar a tomada de decisões sobre a realização de investimentos para ampliação de empresas, haja vista a amplitude e abrangência prevista, quanto a essas atribuições, no ordenamento jurídico referente ao SBDC e à regulação de serviços.

Nesse contexto, o objetivo deste artigo é contribuir, a partir de análise qualitativa e documental, com a verificação e identificação de que maneira a atuação dos órgãos do SBDC e das ARs [Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); e Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)] e Banco Central do Brasil (Bacen) pode ser convergente, complementar e harmoniosa, considerando suas respectivas áreas de atuação, de modo a coadunar a visão de defesa da concorrência e a de higidez da regulação de serviços.

À luz dos postulados técnicos teóricos de autores e especialista renomados tais como, Noberto Bobbio, Celso Antonio Bandeira de Melo, Marçal Justen Neto e Luciano Sotero Santiago, a metodologia utilizada neste trabalho tem como base a pesquisa bibliográfica, leis, jurisprudência administrativa, normas produzidas pelas agências reguladoras e órgãos de controle da concorrência e da jurisprudência do poder judiciário brasileiro.

O estudo examina o fenômeno do conflito de leis e de competência sob duas perspectivas: internamente no Brasil e vis-à-vis a conjuntura mundial. Para alcançar esse objetivo, como técnica de pesquisa, será efetuada coleta documental da jurisprudência no Brasil e algumas decisões dos tribunais norte americanos.

A doutrina foi extraída de livros de autores renomados e decisões de autoridades judiciais brasileiras e internacionais (EUA), tendo como critério de busca os capítulos diretamente relacionados com o objetivo deste artigo, compreendendo um período de dez (10) anos de atividade doutrinária e jurisprudencial.

Para tanto, este artigo está dividido em quatro seções a contar desta introdução. A segunda seção trata da fundamentação teórica. A terceira seção trata dos resultados e das discussões. E, por fim, a quarta seção apresenta as considerações finais.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Para a elaboração deste tema é mister desenvolver alguns conceitos e apresentar alguns elementos de natureza jurídica importantes, afim de que se possa ter uma melhor compressão dos temas aqui expostos, a saber: constituição econômica; ordem econômica; princípios e legislação do sistema antitruste brasileiro; teorias da supremacia especial e do ordenamento jurídico setorial; doutrinas estrangeiras na conciliação entre regulação e concorrência; diferenças básicas entre regulador e autoridade antitruste; e a experiência internacional no controle de condutas na relação concorrência e regulação financeira.

2.1 Constituição Econômica e Ordem Econômica: noções e princípios

Grau (2006, pg. 79, apud Vital Moreira, 1974) conceitua Constituição Econômica como “o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem (...) uma determinada ordem econômica”. Entende-se por constituição econômica um conjunto de normas e princípios que fazem parte da Constituição Política, tendo por objetivo a estruturação, a organização da Economia, ou seja, são princípios pelos quais o estado interfere diretamente nas relações econômicas, cabendo a este inclusive realizar o planejamento econômico obrigatório para o setor público, indicativo para o setor privado, no caso brasileiro, nos termos do art. 174 da Constituição Federal (CF) de 1988.

A ordem econômica brasileira está elevada a nível constitucional, no art. 170 da CF de 1988, que identifica os seguintes princípios gerais da atividade econômica: valorização do trabalho humano e da livre iniciativa; assegurar a todos existência digna; justiça social; soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência;

defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras. Nesse escopo, merece destaque o ensinamento de Grau (2006) ao afirmar que o conceito de ordem econômica é bastante próximo do conceito de Constituição Econômica. Ressalta-se que existem outros princípios da ordem econômica, como o da eficiência e da racionalidade econômica.

Os princípios da concorrência são basicamente livre concorrência e livre iniciativa, orientados pelos ditames constitucionais da função social da propriedade, justiça social, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Esses princípios concorrenciais têm por objetivo proteger os agentes econômicos, as pessoas físicas e jurídicas e os consumidores de quaisquer atos ou condutas que possam impedir, dificultar, obstruir, falsear ou restringir as atividades econômicas e o mercado em si, mediante o abuso do poder econômico.

A livre iniciativa para Santiago (2008, pg. 59) “correlaciona-se com a manutenção das possibilidades reais de acesso e exercício de atividade econômica pelos indivíduos, como garantia de sua liberdade econômica”.

A livre concorrência, no pensamento de Santiago (2008, pg. 29):

se caracteriza pela livre ação dos agentes econômicos, de forma que estes tenham liberdade para empregar os meios necessários que julgarem próprios e adequados para conquistarem a preferência do consumidor. A livre concorrência se caracteriza também na liberdade em que os agentes econômicos, atuais ou potenciais, têm para entrar, permanecer e sair do mercado. A livre concorrência se caracteriza ainda pela liberdade de escolha para o consumidor.”

O sistema de defesa da concorrência, além dos princípios da livre concorrência, da livre iniciativa e dos princípios gerais da ordem econômica, baseia-se em conceitos de vital importância das atividades econômicas, como por exemplo: poder mercado; grau de concentração; mercado relevante; mercado agrupado; abuso do poder econômico; eficiência; e cartéis, truste, conglomerados, holdings e utilidades essenciais.

A Constituição Federal de 1988 (CF/1988), ao tratar da ordem econômica e financeira, estabelece, em seu art. 173, § 4º, que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Já o art. 175 atribui ao Poder Público a prestação de serviços públicos, diretamente ou

sob regime de concessão ou permissão, na forma da lei, sempre através de licitação. Por fim, o art. 192 prevê que o sistema financeiro nacional será regulado por leis complementares.

Nota-se, portanto, que a CF/1988 atribui à legislação infraconstitucional a regulamentação sobre defesa da concorrência e prestação de serviços públicos.

2.2 Da Defesa da Concorrência e da Regulação nos Serviços Públicos

O Brasil aderiu, a partir do início da década de 90 (Lei 8.031/1990 - PND), ao processo de privatização de serviços de infraestrutura e de desestatização de serviços públicos deflagrado em diversos países em meados daquela época. Esse processo promoveu mudanças na forma de intervir na economia e no aparato institucional e jurídico, ressaltadas com a promulgação da CF/1988 e com a legislação infraconstitucional. Segundo Silva (2005), “com a gênese do processo de abertura da economia e o abandono das técnicas tradicionais de intervenção, o direito da concorrência, gradativamente, adquire maior efetividade”. Silva (2005, apud Gesner de Oliveira, 2001) destaca, também, que:

de um lado, do ponto de vista da estabilização, exigiu-se das autoridades brasileiras papel centralizador no sentido de coordenar as expectativas em direção a uma taxa de inflação moderada (...). De outro lado, as reformas liberalizantes aceleradas durante a administração Collor indicavam a necessidade da adoção de regras típicas de defesa da concorrência.

Silva (2005) ressalta, entretanto, que o processo de desregulamentação econômica (desestatização e introdução da concorrência), não constitui a razão determinante para o fortalecimento da defesa da concorrência, mas sim a abertura econômica, a estabilização e o fim da regulação para proteção da economia popular.

Tradicionalmente, os setores de serviços públicos e de uso de bens públicos de infraestrutura foram marcados no Brasil pela presença de monopólios, com pequena participação dos princípios antitruste, porém com a desestatização combinado a criadas das agencias reguladoras a concorrência foi introduzida nas leis de criação destas agencias em harmonia com a Constituição federal de 1988, que em geral tais monopólios já não se justificavam.

Com a implementação do processo de desestatização de serviços públicos, diversas Agências Reguladoras (ARs) foram criadas, como autarquias especiais vinculadas aos respectivos ministérios setoriais, para exercerem a regulação da prestação daqueles serviços, com base nas diretrizes e políticas estabelecidas no âmbito da legislação setorial, destacando-se para o presente trabalho as de infraestrutura: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); Agência Nacional

de Aviação Civil (Anac); Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); e Agência Nacional de Energias Elétrica (Aneel).

As diretrizes sobre defesa da concorrência estão delineadas em um conjunto de normas que visa proteger a livre concorrência, a livre iniciativa e, por fim, o consumidor, denominadas na doutrina de legislação antitruste. No Brasil, essa legislação tem base constitucional nos arts. 5º, caput (princípio da igualdade), 170, inciso IV, 173 e 174, da CF de 1988, na Lei 8.884/1994 (Lei do Cade), no art. 16 da Lei 8.987/1995 (Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos) e no art. 1º da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos).

A Lei 8.884/1994 trata do principal normativo, na medida em que fixa atribuições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), criado em 1962 e transformada em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça pela referida lei. Estabelece, ainda, as atribuições da Secretaria de Direito Econômico (SDE), órgão do Ministério da Justiça, e da Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), órgão do Ministério da Fazenda.

Assim, o Cade, o SDE/MJ e a Seae/MF constituem o denominado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). A SDE é o órgão responsável por instruir a análise concorrencial dos atos de concentração econômica (fusões, aquisições, etc.), bem como investigar infrações à ordem econômica. A Seae é responsável por emitir pareceres econômicos em atos de concentração, investigar condutas para oferecer representação à SDE, bem como elaborar facultativamente pareceres em investigações sobre condutas anticoncorrenciais. O Cade tem a atribuição de tomar a decisão final, na esfera administrativa, dos processos iniciados pela SDE ou Seae.

A atuação do Cade pode ser feita de forma preventiva, repressiva e educativa. O papel preventivo corresponde à análise de atos de concentração, nos termos do art. 54 da Lei 8.884/1994. O papel repressivo abrange a análise das condutas concorrenciais, conforme disposto no art. 20 da citada lei. O papel educativo trata da disseminação da cultura da concorrência, consoante previsão contida no art. 7º, inciso XVIII, da Lei 8.884/1994. O controle de conduta cuida da repressão do abuso do poder econômico, sancionando condutas anticoncorrenciais. Já o controle de estrutura visa à prevenção, ao evitar que a concentração econômica gere aumento de poder econômico e/ou que facilite a prática de condutas lesivas a ordem econômica.

Os valores jurídicos perseguidos pela legislação antitruste estão previstos de forma mais detalhada no art. 20 da Lei 8.884/1994, a saber: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de

bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Por fim, a lei antitruste é uma regulação prevista em lei sobre condutas, atos, estruturas de agentes econômicos, etc, que tem por objeto básico a proteção da concorrência. Lembrando que o Cade, agente principal do SBDC, é uma autarquia que não tem poder regulatório, mas simplesmente de fiscalizar a legislação antitruste.

Neste ponto, importa anotar que a interação entre as instituições integrantes do SBDC e as AR's tem as seguintes características básicas: ausência de hierarquia; agências têm competências genéricas para a proteção dos princípios concorrenciais; e não há previsão de isenção aos setores econômicos na Lei 8.884/1994, sejam regulados ou não.

2.3 Diferenças Básicas de Atuação entre Regulador e Autoridade Antitruste

A regulação de serviços públicos de infraestrutura pode ser, de acordo com Oliveira, de ordem técnica, entendida como sendo o estabelecimento de normas, padrões e metas a serem adotados pelos agentes privados de um setor regulado, e de ordem econômica, como sendo o estabelecimento de condições de preços, tarifas e quantidades a serem observadas pelos agentes privados na oferta de bens e serviços regulados.

Marques, Almeida e Fortes (2005, pgs. 24/25) definem regulação técnica como sendo “as regras que se destinam a assegurar a compatibilidade entre equipamentos e sistemas, a garantir a segurança, a proteção da privacidade e a preservar o ambiente”, enquanto que a regulação econômica abrange o “conjunto das medidas destinadas a controlar o monopólio de preços, assegurar níveis apropriados de investimento para propiciar a renovação tecnológica, garantir a proteção do consumidor e definir cláusulas de acesso não discriminatório a redes básicas”.

A regulação técnica, portanto, trata-se de regulação menos suscetível de ser retirada do regulador setorial e partilhada com a autoridade antitruste, sendo a razão de existência do regulador, o que não significa que seja neutra do ponto de vista da concorrência, na medida em que a normatização de produtos e procedimentos pode favorecer ou restringir a concorrência nos respectivos mercados (MARQUES; ALMEIDA; FORTES, 2005).

Já a regulação econômica pode ser partilhada com a autoridade antitruste, constituindo uma área de complementaridade ou sobreposição de competências entre as ARs e aquela autoridade (MARQUES; ALMEIDA; FORTES, 2005).

Kahn (1988) afirma que existem, no âmbito da regulação de utilidades públicas, quatro componentes principais que a distingue de outros setores da economia, quais sejam:

controle de entrada; fixação de preços; qualidade e condições do serviço; e imposição de obrigações aos ofertantes sob condições razoáveis.

Nesse sentido, entende-se que regular significa intervenção do Estado na formação do mercado, induzindo agentes econômicos a um comportamento, substituindo e condicionando a decisão privada até certo grau. Significa, especificamente, controlar, fixar preços, definir qualidade, metas de eficiência, controlar volumes de produção, definir produtores, dar subsídios, promover desestatização, promover concentrações e desconcentrações verticais e horizontais, etc., com o propósito de atingir o bem estar social e buscar corrigir falhas de mercado, visando acima de tudo buscar a eficiência do mercado. A regulação estatal é feita por meio de seus órgãos, principalmente autarquias, que tem por objeto gerenciar serviços públicos, bens públicos ou setores de relevada importância econômica (infraestrutura) nas quais a lei atribui ao estado este poder regulatório.

Quanto a Autoridade Antitruste, define-se com sendo um órgão, ou um conjunto de órgãos estatais, ou uma agência, criados por lei, para ser o responsável pela defesa da concorrência, conseqüentemente desenvolver ações de incentivo à concorrência, atuar de forma preventiva, repressiva e educativa contra o abuso de poder econômico, visando eliminar qualquer influência de agentes econômicos que restrinja as atividades econômicas; que prejudique a estrutura e o bom funcionamento de mercado; e atos ou condutas direcionadas ao domínio do mercado.

Ainda, quanto a Autoridade Antitruste, no tocante à regulação da concorrência, Marques, Almeida e Fortes (2005, pg. 26) ressaltam que esta pode ser de dois tipos: pró-ativas e preventivas ou reativas. De acordo com tais autores, o primeiro tipo busca “promover a concorrência e a estimular o funcionamento das regras de mercado, incluindo a avaliação periódica do grau de dominação dos mercados”, enquanto o segundo compreende o controle das concentrações (preventivas) e das colusões e abuso de posição dominante que restringem a concorrência (reativas).

Quanto à promoção da concorrência, conforme Marques, Almeida e Fortes (2005, pg. 26), trata-se de uma competência que justifica a própria existência de algumas ARs, embora não exclua a intervenção da autoridade antitruste, na medida em que esta autoridade tem emitido pareceres sobre o estado da concorrência em determinados setores ou atividades regulados. Em relação às medidas preventivas ou reativas, esses autores admitem que “mesmo que pertençam ao núcleo duro das competências das autoridades da concorrência, não está excluído que, pelo menos em parte, essas competências lhes possam ser retiradas numa certa faz (por exemplo, o controle prévio das concentrações)”. Marques, Almeida e Fortes (2005,

pg. 27) advertem que “nem sempre é simples distinguir entre regras técnicas, econômicas e de concorrência”.

Marques, Almeida e Fortes (2005) asseveram, ainda, que defesa da concorrência e regulação visam, aparentemente, objetivos opostos, constituindo duas maneiras diferentes de lidar com os mercados. Afirmam, no entanto, que a realidade não é tão linear, na medida em que a promoção e a defesa da concorrência estão inseridas entre as várias questões regulatórias suscitadas pela desestatização de serviços públicos e desintervenção, juntamente com as de: regulação do acesso às redes de infraestrutura essenciais, de modo a permitir o desenvolvimento da concorrência nos mercados derivados; fixação de preços; controle da qualidade; verificação do cumprimento das obrigações de serviço público e de serviço universal; e atendimento das reclamações dos usuários e proteção de alguns de seus direitos; proteção ao meio ambiente.

Costa (2010), ao analisar o caso da fusão entre as concessionárias Brasil Telecom BrT) e Oi, aponta para alguns aspectos das ações específicas do regulador e da autoridade antitruste, conforme Tabela 1.

Tabela1 –foco das ações da autoridade regulatória e da antitruste

Preponderância da Autoridade Regulatória	Preponderância da Autoridade Antitruste
<ul style="list-style-type: none"> -Profundo conhecimento técnico e prático do funcionamento do setor; -Busca outros objetivos além da defesa da concorrência, que precisam ser adequadamente considerados. -O ente regulador, pela sua proximidade com os regulados, estaria mais sujeito à captura pelos interesses das empresas. 	<ul style="list-style-type: none"> -Acostumadas a lidar com diversos setores, tão complexos quanto qualquer setor regulado; -Garantir um adequado nível de concorrência no mercado é a melhor política regulatória; -As autoridades antitruste também consideram em sua análise outros elementos além da defesa da concorrência

Fonte: Adaptado de Costa (ano 2010).

Costa (2010) enfatiza, também, que há distinção entre a natureza da atividade regulatória e de defesa da competição, especialmente porque o “ente regulador tem por função normatizar e fiscalizar um determinado mercado, instituindo regras que contribuem para a conformação do próprio mercado e de seus agentes, de modo que seus atos “podem ser pontuais e concretos, mas também são, em grande parte, normativos e de caráter geral no que se refere ao setor regulado”, sendo típico de “a autoridade regulatória atuar em planejamentos de médio e longo prazo, antecipando-se aos movimentos do setor que regula e direcionando-o de acordo com a política pública do Estado”. O referido autor argúi, ainda, que a “ação da autoridade de defesa da concorrência é quase sempre concreta, específica diante de um ato de concentração ou de uma conduta reputada ilícita. Usualmente, impõe a autoridade concorrencial restrições aos agentes econômicos e não autorizações”. Por fim, destaca Costa (2010) que a autoridade antitruste tem “preocupações de longo prazo e a consideração de questões não imediatas, porém, não são esses aspectos o cerne da análise concorrencial, que é factual e analítica”, não cabendo a expectativa de o órgão de defesa da concorrência implementar políticas públicas setoriais.

Por fim, Klein (2007, apud Gesner de Oliveira e João Grandino Rodas, 2004) sinaliza que:

A defesa da concorrência visaria assegurar a proteção dos mecanismos de mercado. Em contraste, a regulação tradicional teria como objetivo substituir esses mecanismos diante de falhas de mercado consideradas insuperáveis. A defesa da concorrência tem, portanto, caráter mais geral do que a regulação. Esta última deveria existir, em princípio, quando houvesse uma falha de mercado cujo custo fosse superior ao da intervenção governamental, ou da falha de Estado.

Conclui-se, portanto, que existem diferenças entre a atuação da autoridade reguladora e da antitruste, sendo bastante clara quando se trata de regulação técnica, mas nem tanto quanto à regulação econômica, na medida em que neste último caso pode envolver objetivos, políticas e diretrizes distintas estabelecidas em lei para cada setor regulado.

2.4 Das Teorias Conciliadoras entre a Supremacia do Direito Regulatório e o Direito Antitruste

Em conformidade com Salomão Filho (2008), a relação poder regulamentar e direito antitruste foi muito discutida no direito norte-americano. Surgiram então duas teorias para tentar contornar o conflito entre estes dois direitos. A primeira foi a Teoria da Ação Política (*State Action Doctrine*) que defende que para existir imunidade do direito antitruste é preciso que, em consequência, de uma clara política a lei defina expressamente afastar os princípios concorrenciais, com a intenção de substituir o direito antitruste e que haja

supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas. Já a segunda teoria, chamada de Teoria do Poder Amplo (*Pervasive Power Doctrine*), verifica se a competência de uma agência, ao receber suas atribuições por lei, foi dotada de poderes suficientemente extensos e profundos para afastar o direito antitruste.

De acordo com Marçal Justen Neto (2010) “Embora se verifique em certa medida a influência de tais teorias no Brasil, o fato é que elas não são integralmente compatíveis com o nosso sistema jurídico. Por isso, não há o afastamento integral da disciplina concorrencial nos setores regulados.”

2.5 Do Ordenamento Jurídico Setorial e da Supremacia Especial Face as ARs

O ordenamento jurídico setorial é conceito desenvolvido recentemente no meio jurídico. No entendimento de Aragão (2007), “os ordenamentos setoriais ou seccionais vieram, então, a constituir instituto de crescente valia quando o Estado verificou a impotência dos seus mecanismos regulatórios tradicionais. Não era mais possível atuar satisfatoriamente sem encarar com agilidade e conhecimentos técnicos específicos a emergente realidade sócio-econômica multifacetária com a qual se deparara”. Continuando, Aragão esclarece que “a necessária especialização técnica destes aparatos administrativos setoriais fez com que adquirissem poder decisório nas matérias de sua competência, que, a partir de então, foram retiradas do âmbito competencial do poder estatal central.” Em vista disso, finaliza, que as “agências reguladoras independentes, enquanto ordenamentos setoriais, são um dos vários instrumentos dos quais o Estado pode dispor para desenvolver suas atividades regulatórias”.

O conceito de supremacia especial ocorre quando a Administração goza de poderes normativos não extraídos diretamente de lei, conforme ensina Mello (2009, pg. 817-818), ressaltando que “Diversamente, assistir-lhe-iam poderes outros, não sacáveis diretamente da lei, quando estivesse assentada em relação específica que os conferisse. Seria esta relação, portanto, que, em tais casos, forneceria o fundamento jurídico atributivo do poder de agir (...)”. Argúi, ainda, o referido autor que:

Tal vestuta e disseminada distinção no Direito europeu continental - e que deve ser recebida também em nosso direito, embora com todas as cautelas e limitações – não tem, reconheça-se, seus confins definidos com precisão absoluta, pois alguns lhe dão uma acepção muito dilatada nela incluindo um espectro mais amplo de relações do que os outros o fazem.

A existência da supremacia especial tem amparo no princípio da especialidade, decorrente das relações específicas de setor econômico envolvido, dos agentes econômicos e

peças físicas ou jurídicas que lhe estão sujeitos. Ou seja, cria-se um vínculo jurídico distinto normativo do contido na supremacia geral entre os referidos agentes, inclusive com o agente público. Isto se explica por ser impossível, em virtude das especificidades de cada setor regulado, que todas as normas emanadas unicamente do Poder Legislativo tivessem abrangência desejada de regular o setor completamente.

Assim, a hipotética ampla ação normativa exercida pelas ARs encontra amparo doutrinário tanto na teoria do ordenamento jurídico setorial como no conceito de supremacia especial (uma normatização jurídica especial).

O campo normativo da supremacia especial ou do ordenamento jurídico setorial demandam poderes específicos a serem exercidos dentro de certo limite, com vistas ao atingimento do seu objeto regulado sempre no interesse público. Contudo no ordenamento jurídico brasileiro este poder normativo não pode inovar a ordem jurídica, contrariar princípios do direito ou a própria constituição. No caso das AR's, não pode a agência normatizar situações no seu campo específico de atuação, ferindo os princípios da concorrência previstos na CF de 1988 e na Lei 8.884/94, sob pena de invasão da competência legislativa. Assim, toda ação ou conduta que as AR's adotem somente pode prosperar após a apreciação do órgão fiscalizador das leis da concorrência, o Cade.

2.6 Alguns destaques da Experiência Internacional no Setor Antitruste

No sistema antitruste dos USA, as regras de concorrência não fazem parte do texto constitucional. As cortes Americanas adotaram somente no começo dos anos 80 a teoria da Escola de Chicago que via o direito antitruste ser orientado pela maximização da eficiência, conforme Salomão Filho (2007, pg. 23), pois para os neoclássicos eficiência é produzir a custos menores, conseqüentemente implica em redução de preços para o consumidor. O único princípio norteador do direito antitruste passa a ser a proteção do bem estar do consumidor que é presumida.

A lei antitruste norte-americana é baseada nas leis: Sherman, Clayton e de criação da Federal Trade Commission (FTC), que muito influenciaram as leis antitruste brasileiras.

Samuelson e Nordhaus (2009, pgs. 282/285) definem o início do pensamento antitruste nos Estados (USA), no século final do XVII, que estava à época centrada na proteção da concorrência e do consumidor, enfatizando que, apesar de os monopólios serem há muito considerados ilegais pelo direito consuetudinário, “o corpo das leis provou ser ineficiente contra as fusões, cartéis e trustes que assolaram a economia norte-americana na década de 1880”. Em vista disso, registram os autores que, em 1890, “sentimentos populistas levaram à aprovação da Lei Sherman, que foi o fundamento da lei antitruste norte-americana”,

proibindo contratos, combinações, conspirações que restrinjam o comércio e a monopolização e as conspirações para monopolizar. Todavia, ressalta Samuelson (2009, pgs. 282/285) que “nenhum dos estatutos, nem a discussão que os acompanha, contém noção clara sobre o significado exato do monopólio ou das ações que foram proibidas. O significado foi detalhado em casos posteriores”. Quanto à Lei Clayton (1914), Samuelson e Nordhaus (2009, pgs. 282/285) destacam que ela especificamente proporcionou imunidade antitruste para os sindicatos trabalhistas, sendo estabelecida, em 1914, “a Comissão de Comércio Federal para proibir os métodos injustos de concorrência e para advertir contra as fusões anticompetitivas”.

Mais recentemente o Japão, a Alemanha e o próprio USA, modificando sua visão do sistema de proteção aos princípios da concorrência, adotaram o princípio da eficiência, preterindo os interesses concorrenciais.

Salomão Filho (2008, pg. 39/42) explica sobre a mudança de foco nos princípios concorrenciais nas economias mais fortes do mundo, onde tem prevalecido nas últimas décadas o princípio da eficiência, e ressalta que “a existência do poder econômico [no Japão] é tolerada (estima-se que 60% da economia japonesa seja concentrada por seis grandes grupos)”, restando claro que os objetivos da política industrial se sobrepõem aos interesses concorrenciais. O autor afirma que essa tendência também se verifica, de forma mais atenuada, na Alemanha, devido a alterações em sua lei concorrencial, “algumas delas permitindo expressamente a subordinação dos interesses concorrenciais à política industrial e em especial à promoção da competitividade internacional da indústria alemã”. Tais mudanças, De acordo com Salomão Filho (2008, pg. 39/42), “(...) levaram a uma grande preocupação com a competitividade das empresas americanas”, fazendo com que o direito antitruste americano mudasse completamente seu rumo, tanto é que, “nos anos 80 tanto as cortes quanto o ambiente acadêmico americano vêm simplesmente desaparecer qualquer oposição importante aos princípios centrais da Escola de Chicago”. Ou seja, de acordo com Salomão Filho (2008, pg. 39/42), “o poder econômico, de quase um mal em si, passa a ser visto como uma necessidade, desde que apto a promover a ‘eficiência econômica’, aqui ainda entendida no sentido mais genérico de produção em escala a baixo custo unitário”.

Cabe lembrar que o Tratado de Constituição da Comunidade Econômica Europeia elege a regulamentação da concorrência como regra central de organização econômica, conforme Salomão Filho (2008).

3. RESULTADO E DISCUSSÃO

3.1 Da ANTT, Antaq e Anac

A competência da ANTT e da Antaq frente ao sistema concorrencial brasileiro está prevista nos arts. 12, 20 e 31 da Lei nº 10.233 de 05 de junho de 2001, a saber:

Art. 12.(...)

VII – reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica.

Art. 20. (...)

b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica. (...)

Art. 31. A Agência, ao tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme o caso.

Nesse sentido, trouxe esta lei as linhas gerais do setor de transportes terrestre e aquaviário, fixou competência para que a ANTT e a Antaq impeçam situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica, assim como estabeleceu que estes entes regulados ao tomarem conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica, deverão comunicá-lo ao Cade, à Secretaria de Acompanhamento Econômico, ou à SDE.

No Ato de Concentração (AC) 0812011991/2008-94 (Aquisição da Somangue Itinere – Concessões de Infraestruturas S.A pela Autostrade per L'Italia S.P.A), o Conselheiro do Cade, à época, Vinicius Marques de Carvalho, esclarece quanto à necessidade de se promover a concorrência no setor regulado de transportes terrestres, ressaltou que “é possível ao menos em teoria que exista concorrência entre diferentes modais logísticos, assim como é possível que haja concorrência entre diferentes rodovias que possuam o mesmo par de origem/destino”. Nesse sentido, destaca o referido Conselheiro que “verifica-se um vasto espaço para concorrência intermodais, pela qualidade dos serviços prestados e pela variação de preços abaixo do limite máximo. Portanto, a análise regulatória não é e não deve ser excludente da avaliação concorrencial”. Neste caso, percebe-se claramente que há complementaridade ou partilhamento entre as competências da autoridade regulatória e da antitruste, abrangendo a regulação econômica, conforme enfatizado no tópico 2.4, em especial os conceitos defendidos por Marques, Almeida e Fortes (2005).

Observe-se que as leis de criação da ANTT e da Antaq preveem uma modesta participação destes órgãos no processo de proteção dos princípios concorrenciais, cujas ações ficam limitadas basicamente: a) de forma genérica impedir situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica; e b) de forma clara comunicar ao Cade irregularidades que tenham conhecimento.

Quanto ao setor aéreo, a Anac tem competência semelhante a da ANTT e da Antaq, concernente a sua atuação na promoção da concorrência (art. 6º da Lei 11.182/2005), conforme se segue:

Art. 6º. Com o objetivo de harmonizar suas ações institucionais na área da defesa e promoção da concorrência, a ANAC celebrará convênios com os órgãos... do Governo.Federal...

Parágrafo único. Quando, no exercício de suas atribuições, a ANAC tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração contra a ordem econômica, ou que comprometa a defesa e a promoção da concorrência, deverá comunicá-lo aos órgãos e entidades referidos no caput deste artigo, para que adotem as providências cabíveis.

Contudo, com base no art. 11 da Lei 11.182/2005, a Anac tem aprovado previamente modificações no quadro societários das empresas a ela vinculadas, cabendo ao Cade aprovar em definitivo estas modificações de estrutura societária.

3.2 Anatel

A Anatel tem objeto por regular o setor de telecomunicações, cuja atuação na defesa da concorrência está amparada nos artigos 5º, 6º, 7º, XIX-19 e 97 da Lei 9.472/1997, conforme segue:

Art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais... liberdade de iniciativa, livre concorrência...

Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.

Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§ 1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica... ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica...

§ 3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora... adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa. (...)

Art. 19... XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Art. 97. Dependerão de prévia aprovação da Agência a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário. “Parágrafo Único. A aprovação será concedida se a medida não for prejudicial à competição e não colocar em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7º desta Lei.”

Conforme Calixto Salomão Filho (2007, pgs. 255), no relacionamento entre o sistema regulamentar e o concorrencial, no tocante às respectivas competências, a Anatel recebeu algumas funções pertencentes ao SBDC, de forma que estas competências estão virtualmente repartidas entre o Cade e a Anatel, a quem cabe a “investigação e o julgamento preliminar das infrações à ordem econômica, que no sistema da Lei n. 8.884/94 incumbem à SDE, e não ao CADE. A cargo da Agência fica, portanto, o controle preliminar das condutas. Já ao CADE cabe o controle em grau de recurso (da decisão da ANATEL sobre o arquivamento ou não do processo). No que diz respeito ao controle das estruturas a divisão de competências é a mesma”

A respeito da relação com a Anatel, o Cade decidiu no pedido de medida preventiva n. 08700.001496/2002-23, Relator: Conselheiro Miguel Tebar Barrionuevo, que “o fato de existir órgão regulador de um determinado mercado não impede que este CADE adote qualquer medida que vise assegurar a preservação da concorrência, da ordem econômica”. Mais a frente, esclarece que “tratam-se de competências complementares que visam a garantir um ambiente concorrencial saudável, cada qual no limite das atribuições estabelecidas por lei”. Finaliza afirmando “que em nenhum momento a lei que regulou o setor de telecomunicações excluiu ou delegou competências do CADE, ao contrário, determinou parâmetros para a atuação da Agência Reguladora, respeitando integralmente a competência deste Conselho no que tange à defesa da concorrência”, conforme Santiago (2008, pg. 393)

Quando da apreciação do Ato de Concentração (AC) nº 08012.005789/2008-23 e Nº 53500.012477/2008 (Aquisição pela Oi de ações representativas do controle de emissão da Invitel, implicando a aquisição do controle indireto do Grupo Brasil Telecom pelo Grupo Oi.), o Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, no seu voto, esclarece que, para o relacionamento efetivo entre a Anatel e o Cade, “em linhas gerais, 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”. Ensina, ainda, que “com base no ambiente competitivo estruturado pela política pública e monitorado pela agência setorial, ao SBDC cabe ser ouvido na estruturação desse ambiente, compartilhando informações... e atuar, com base no princípio

da subsidiariedade, no controle de condutas e estruturas, quando a ação regulatória não tiver esgotado todas as possibilidades de concorrência no setor”.

No micro ordenamento setorial do setor de telecomunicações, infere-se no disposto no art. 7º da Lei nº 9.472/97 que abre espaço para uma possível interpretação de isenção antitruste, frente às normas gerais de proteção da ordem econômica, exceto quanto aos atos de concentração que ficam submetidos aos princípios da concorrência, portanto sob competência do Cade, conforme §1º e §2º do art. 7º da Lei nº 9.472/97. Fica claro e evidente adoção do regime complementar de controle entre a Anatel e o SBDC, inserido no diapositivo legal retormencionado.

Assim, diante desse panorama, a lei de criação da Anatel, além da repartição virtual de competências, foi a única lei a atribuir a uma agência, de forma explícita, o controle e repressão das infrações da ordem econômica, enquanto as leis de criação das outras agências aqui referenciadas não fazem referência a esta atribuição (art. 19-XIX da Lei nº 9.472/97).

3.3 **Aneel**

A Aneel foi criada pela Lei nº 9.427/1996, cuja disciplina da defesa da concorrência no setor elétrico está prevista nos incisos VIII, IX, e XIII do art. 3º, a saber:

Art. 3º (...)

VIII - estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si; (...)

IX - zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica; (...)

XIII - efetuar o controle prévio e a posteriori de atos e negócios jurídicos a serem celebrados entre concessionárias, permissionárias, autorizadas e seus controladores, suas sociedades controladas ou coligadas e outras sociedades controladas ou coligadas de controlador comum, impondo-lhes restrições à mútua constituição de direitos e obrigações, especialmente comerciais e, no limite, a abstenção do próprio ato ou contrato. (...)

Parágrafo único. No exercício da competência prevista nos incisos VIII e IX, a ANEEL deverá articular-se com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

Aduz Salomão Filho (2007), que o estágio de interação entre o sistema concorrencial e o sistema regulatório elétrico é híbrido, oscilando entre a introdução gradual de livre concorrência e o controle pela regulação. Esclarece, ainda, que, quanto uma possível interpretação de imunidade antitruste da legislação, a Aneel não a exerce de forma profunda, e que para o atual quadro institucional deve-se reconhecer que ainda não estão claros os limites da aplicação da lei concorrencial ao setor elétrico, e que para que esses limites sejam determinados com clareza é fundamental a boa interação entre o sistema regulamentar e o

sistema concorrencial. Por fim, SALOMÃO Filho (2007, pgs. 252/253), entende que as tentativas de interação entre os sistemas que vem sendo feitas são ainda insatisfatórias, e com base em convênios “a ANEEL emite pareceres sobre atos de concentração submetidos ao CADE, sem prejuízo de que SEAE e SDE façam o mesmo. Trata-se de um típico de duplicação de trabalho e má utilização dos recursos públicos, causadas pela indefinição no relacionamento entre o sistema regulamentar e concorrencial.”

O jurista Marçal Justen Neto, em seu artigo Defesa da Concorrência no Setor de Energia Elétrica, esclarece que a ANEEL que tem competência para adotar medidas preventivas e repressivas tanto no controle de condutas quanto no controle de estruturas. Esclarece ainda que “além disso, a redação do art. 3º, inc. IX é suficientemente ampla a ponto de comportar a interpretação de que caberia à ANEEL a aplicação da Lei de Concorrência no setor de energia elétrica”.

Ainda segundo Marçal Justen Neto, no tocante a isenção antitruste, nos ensina que “parece evidente que a lei não pretendeu afastar a competência dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência no setor. Continuando, afirma que “ao contrário, determinou a articulação entre o regulador setorial e os órgãos de defesa da concorrência - algo que, em certa medida, já constava do art. 36 da Lei n. 8.884. Há um dever de harmonização de atuações...”.

Neste mesmo artigo finaliza afirmando que:

“ a atuação da ANEEL em matéria de defesa da concorrência se limita a fornecer subsídios técnicos para fundamentar a elaboração dos pareceres econômicos pelas secretarias. As manifestações da agência reguladora não têm caráter vinculativo... O parecer da SDE deve apreciar expressamente os subsídios fornecidos pela agência reguladora e só poderá afastá-los motivada e fundamentadamente...”

Já Luciano Sotero Santiago, em seu livro Direito da Concorrência, às pgs. 391/392, esclarece que o Cade entende que foram conferidos à Aneel somente poderes para zelar pela defesa da concorrência, conforme se segue.

A respeito da relação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência com a ANEEL, o CADE já decidiu o seguinte: “Cabe à ANEEL tão-somente a função de zelar pela lei de defesa da concorrência, devendo monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica, podendo, inclusive, se conveniente for, estabelecer restrições, limites e condições apenas quanto à obtenção de transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si, não mencionando a lei instituidora da ANEEL qualquer poder à mesma (sic) no intuito de promover a prevenção e repressão à infrações contra a ordem econômica, ou mesmo excluindo o CADE de promovê-la.

(...)

O artigo 54 da Lei n.º 8.884/94 deixa claro que não existem exceções nem casos específicos que retirem do CADE a competência para conhecer dos atos de concentração, mesmo quando seus efeitos são confirmados no âmbito de setores regulados, como é o caso do setor elétrico.

Como visto acima, a doutrina ainda não chegou a um consenso sobre os limites da aplicação da lei concorrencial junto ao setor elétrico e cuja divisão de competência entre Aneel e SBDC ainda está a duplicar esforços e causa indefinição quando ao papel do Cade.

A indefinição dos limites de atuação quanto a competência entre a Aneel e o Cade quando a defesa da concorrência chegou ao conhecimento do Tribunal Regional Federal (TRT) da 1ª Região, que apreciando Agravo de Instrumento n. 2002.01.00.011049-9IDF, tendo como Relatora a Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, 5ª Turma, DJ 13.09.2002, p. 205, entendeu que “Está errada a tese das agravadas de que cabe somente a ANEEL a competência para definir o mercado relevante do setor de distribuição de energia elétrica, nos termos da Lei 9.247/96.”. Continuando o TRT 1ª Região esclarece que “as alterações introduzidas pela Lei n. 9.648/98, atribuem à ANEEL, devidamente articulada com a Secretaria de Direito Econômico do MJ, o estabelecimento de limites, restrições ou condições que propiciem a concorrência e impeçam efeitos danosos da concentração econômica no setor elétrico, zelando pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência”. E, por fim, entendeu o Egregio Tribunal, interpretando a Lei 9.427/96, que a mesma “não dá competência à ANEEL para aplicar as sanções da Lei 8.884/94 e se há abuso de poder econômico. Não existe exceção que retire do CADE a competência para apreciar os atos de concentração, mesmo nos casos de setores econômicos que têm regulamentação específica.”, conforme Santiago (2008, pg. 386):

Numa rápida interpretação dos incisos VIII e XIII do art. 3º da Lei n. 9.427/96, inferimos que parecem afirmar que Aneel tem poderes, independentemente do Cade, para, visando a concorrência efetiva, impor restrições às empresas vinculadas ao setor elétrico, pois não dispõe que estes atos devem ser submetidos ao Cade, apesar do parágrafo único da referida lei timidamente determinar articulação com SDE.

Apesar das divergências de opiniões sobre o papel da Aneel na defesa da ordem econômica, concluímos que algumas competências do SBDC foram transferidos para a Aneel, contudo não de forma clara e profunda o suficiente para que exista uma isenção quanto à aplicação da lei antitruste brasileira, no setor elétrico, previstas nos incisos VIII e XIII do

art. 3º da Lei n. 9.427/96, entretanto houve unanimidade entre os autores retromencionados no tocante a necessidade de harmonização de atuações ente o SBDE e a Aneel.

Nota-se, por fim, que o inciso XV do art. 3º da Lei n 9.427, ao dizer “promover processos licitatórios para atendimento às necessidades do mercado”, trata, assunto tão importante, de forma genérica, sem levar em conta o disposto no art. 16 da Lei n. 8.987/95 (lei de concessões), que prevê a não exclusividade para as concessões sempre que possível, ou seja, deve-se esgotar todas as possibilidades de concorrência no setor.

3.4 Projetos de Lei das Agências Reguladoras e do Cade

Os projetos de lei das agências reguladoras sob número 3.337/2004 e o substitutivo.sob.nº2.057/2003, (http://www.idec.org.br/pdf/substitutivo_pl_2057_versao_29_junho_2009_9_horas_red.pdf), dão um passo a frente na discussão aqui tratada sobre repartição de competência e possíveis conflitos entre regulação e concorrência. O art. 25 de referido projeto de lei dispõe que os órgãos de defesa da concorrência e as AR's devem atuar em estreita cooperação, privilegiando a troca de experiências. Em seguida, o art. 26 encarrega as AR's de monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, assim como determina que os órgãos de defesa da concorrência sejam responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência nos setores regulados, incumbindo-lhes a análise de atos de concentração e a instauração e instrução de processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica, ressalvados os casos em que essas competências estejam expressamente atribuídas as AR's em sua legislação específica. E, por fim, o art. 27 impõe que as AR's, no exercício das suas atribuições, ao tomarem conhecimento de fatos que possam configurar infração à ordem econômica, deverão comunicá-los imediatamente aos órgãos de defesa da concorrência para que esses adotem as providências cabíveis.

Outro ponto indefinido é que os projetos não indicam como solucionar as divergências técnicas entre as AR's e SBDC, pois são sistemas autárquicos independentes, com visões de sistemas econômica diferentes e às vezes inconciliáveis.

3.5 Do Conflito entre o Bacen e o Cade.

A estrutura orgânica reguladora do Sistema Financeiro Nacional (Bacen e outras autarquias) encontra-se bem definida pelo professor Yazbec (2008):

A estrutura básica dos órgãos de regulação no Sistema Financeiro Nacional encontra-se nas Leis nº 4.595/1964, que criou o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central e nº 6.385/1976, que criou a Comissão de Valores Mobiliários

(CVM). Para uma visão mais abrangente deve-se levar em conta, ainda outros órgãos, como o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNPS) e a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) criado pelo Decreto-Lei nº 73/1966, e a Secretaria de Previdência Complementar (SPC), cujo regime originário data de 1978, estando suas atividades hoje estribadas na Lei Complementar nº 109/2001. Em complemento a tal estrutura e procurando, de alguma forma, integrá-la a uma unidade, o Decreto nº 5.685/2006 instituiu o Comitê de Regulação e Fiscalização dos Mercados de Capitais, de Seguro, de Previdência e Capitalização (COREMEC). Vale destacar, aqui, que em 1985 foi criado, por intermédio do Decreto nº 91.152, o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN). Mesmo não sendo propriamente um órgão de regulação, opera como revisor das decisões de outros órgãos (do BCB e da CVM e mesmo da Secretaria do Comércio Exterior). O CRSFN, que integra a estrutura do Ministério da Fazenda, acaba por fazer parte ainda que incidentalmente da estrutura geral adotada para o desempenho das atividades regulatórias... Outro órgão (...) é o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF (Yazbec, 2008, p. 207/210). (grifo nosso)

O Banco Central do Brasil – Bacen é uma autarquia federal, integrante do Sistema Financeiro Nacional, criado pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, sendo vinculada ao Ministério da Fazenda, tendo basicamente como missão institucional de promover a estabilidade do poder de compra da moeda e a solidez do sistema financeiro; efetuar o controle dos capitais estrangeiros; exercer a fiscalização das instituições financeiras e autorizar instituições financeiras a realizar fusão, encampação e incorporação, bem como aplicar as penalidades previstas. Atua, portanto, no sistema financeiro, também, como uma agência reguladora.

Discute-se exaustivamente hoje o conflito de atribuição entre o Bacen e o Cade, no que tange à análise de operações que envolvam fusões, incorporação, transferências de controle acionário entre instituições financeiras.

Este conflito positivo de atribuições, entre o Bacen e o Cade para o controle da concorrência no setor financeiro, tem como base especificamente a antinomia jurídica entre os arts. 10, inciso X, alínea “c”, e 18, §2.º, da Lei n.º 4.595/64 (Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências), e o art. 54, caput, da Lei n.º 8.884/94 – Lei Antitruste.

O Cade já apreciou, em várias ocasiões, que os atos de concentração, que envolveram exclusivamente instituições bancárias, deveriam passar por seu controle preventivo, sendo imprescindível a presença dos critérios previstos na Lei nº 8.884/94. Cita-se alguns atos de concentração envolvendo o setor financeiro decididos pelo Cade: Ato de concentração entre o Banco Francês Brasileiro e a AFINCO – *Americas Finance Company*,

pertencente ao banco Itaú, em 1995, foi o que primeiro suscitou divergências entre o Bacen e o Cade; Banco Finasa (AC n.º 08012.006762/2000-09), envolvendo a aquisição dos direitos e obrigações dos fundos e carteiras de investimento do Banco Inter American Express; a aquisição do BankBoston pelo Banco Itaú em 2006 (julgada pelo Cade, em 25 de outubro de 2006 – AC n.º 08012.005499/2006-18) e o caso em que Banco Bradesco compra do Banco BCN – ano de 1997.

O Bacen entende ter competência privativa para regular a concorrência no setor financeiro nos termos da Lei n.º 4.595/64, considerando principalmente o argumento da higidez do sistema financeiro. A argumentação oferecida pelo Bacen e pelo Cade em torno de sua competência quanto à concorrência no sistema financeiro é basicamente a seguinte:

A favor do Bacen tem-se: a) que o art. 192 da Constituição Federal, que dispõe que o sistema financeiro nacional é estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, e será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram; b) a Constituição da República, em seu artigo 165, inciso V, dispõe que a fiscalização das instituições financeiras é matéria a ser tratada em lei complementar; c) que o Cade não poderia controlar tais instituições porque foi criado por uma lei ordinária Lei n.º 8.884/94, uma vez que a Lei n.º 4.595/1964 também é uma lei ordinária, sendo sido recepcionada como lei complementar, o que impediria sua revogação; d) a lei bancária, além de ser hierarquicamente superior à Lei Antitruste, trata de matéria específica, o que faz com que ela prevaleça contra disposições de caráter geral.

A favor do Cade tem-se: a) que a lei bancária foi recepcionada pela Constituição Federal como lei complementar apenas no que se refere diretamente ao sistema financeiro nacional, tendo seus dispositivos relativos à defesa da concorrência sido recepcionados como lei ordinária; b) a lei antitruste não prevê quaisquer exceções à competência do Cade para disciplinar a defesa da concorrência, e, portanto, derogou a lei bancária no que atine a esta matéria; c) que o Bacen não é especializado em concorrência, inclusive no campo do direito do consumidor.

Antes de este conflito chegar definitivamente aos tribunais, o Ministro da Fazenda, encomendou à Advocacia Geral da União um parecer vinculativo, nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar n.º 73/93, para a solução definitiva da matéria, resultando no Parecer n.º AGU/LA-01/2001, que firmou entendimento ser exclusiva do Banco Central do

Brasil a análise e aprovação dos atos de concentração das instituições integrantes do sistema financeiro nacional, com exclusão de qualquer outra autoridade, inclusive o Cade.

No caso em que transferiu ao Banco Bradesco o controle acionário do Banco BCN, o Cade foi questionado no poder judiciário, quando o TRF-1ª Região decidiu, na Apelação em Mandado de Segurança 2002.34.00.033475-0/DF, com base nos votos dos Desembargadores Federais João Batista Gomes Moreira e Sebastião Fagundes de Deus, que os atos de concentração de instituições financeiras (fusão, incorporação, transformação, encampação, etc.) devem passar pelo crivo tanto do Banco Central do Brasil quanto do Cade, em complementaridade das suas respectivas atribuições. O Bradesco, inconformado com a decisão retromencionada, entrou com ação judicial por meio de Recurso Especial (Resp n. 1094218/DF), no STJ. A Ministra Eliana Calmon, relatora, entendeu que, de acordo com a Lei 4.595/64, a competência para apreciar atos de concentração envolvendo instituições integrantes do sistema financeiro nacional é do Banco Central, tanto em razão do parecer vinculante emitido pela AGU, como do princípio contido no artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, cuja decisão foi proferida pelo Egrégio.STJ.em.11.de.novembro.de.2010.(http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=98728)

3.6 A Posição Internacional quanto à Adoção de Modelos de Controle dos Atos Concentração no Sistema Financeiro frente à Legislação Antitruste.

Otávio Yazbek (2008) nos ensina que o papel dos mecanismos de defesa da concorrência é colocado geralmente em segundo plano, quando da discussão da regulação financeiro, em que governos adotam políticas concentracionistas para o setor financeiro, atendendo a questões estratégicas, justificando esta atitude também pela eficiência e higidez sistêmica. Esclarece, ainda, que o sistema financeiro tem negócios distintos daqueles dos mercados do direito da concorrência, e que ao se restituir as condições de concorrência no mercado financeiro, pode aumentar certos riscos no tocante a higidez sistêmica. Aponta também para a necessidade de integração entre a proteção da concorrência e a regulação setorial, de modo a se respeitar o grau de especialização e peculiaridades dos referidos sistemas. Finaliza inferindo que a tendência mundial é a complementaridade entre as duas formas de intervenção estatal, sem afastar o controle antitruste.

Tais argumentos, porém, fundados na necessidade de garantir a estabilidade sistêmica ou na já referida especificidade da concorrência no setor financeiro, não são suficientes para afastar o que parece ser aquela evidente complementaridade entre as distintas formas de regulação. Com efeito, a questão da relevância e sistêmica da regulação bancária mostra-se mais complexa,

não se restringindo ao porte das instituições financeiras, **enquanto o fato da concorrência no setor financeiro se dar por meios peculiares não invalida um controle antitruste para aqueles atos tipicamente submetido a tal forma de regulação** (Yazbek, 2008, pg. 207/210). (grifos nossos)

Os três principais modelos de controle da autoridade dos atos de concentração no âmbito sistema financeiro, segundo a doutrina, são: controles concorrentes, complementares e isenção antitruste.

No cenário internacional, Austrália, Grécia, Hungria, Polônia, Suécia, Inglaterra, União Européia e República Eslovaca adotam o modelo de competência complementar, enquanto os países mais ricos do mundo, como USA, Suíça, França, Japão e Canadá optam pelo controle concorrente, privilegiado os interesses do capital financeiro, pois detém a maior parcela do capital internacional. Já a Alemanha e a Espanha adotam o modelo de isenção antitruste, visando a busca direta da eficiência da política financeira, conforme Tabela 2.

TABELA 2 – Competências entre regulação e concorrência financeira

País	Autoridade	Modelo
Austrália	Reserve Bank, Autoridade de Regulação Prudencial Australiana (Reserve Bank Prudential Regulation Authority), Comissão Australiana de Concorrência e Consumidor (Australian Competition and Consumer Commission)	Competências complementares
Canadá	Bureau da Concorrência, Min. Das Finanças, Sup. Das Instituições Financeiras (<i>Office of the Superintendent of Financial Institutions</i>)	Competências Concorrentes
França	Comitê de Regulação Bancária e Financeira, Comissão Bancária, Ministério da Economia e das Finanças, Banque de France, Conselho da Concorrência	Competências Concorrentes
Alemanha	Departamento de Supervisão Bancária Federal	Isenção antitruste
Itália	Banco da Itália Autoridade Italiana da Concorrência	Competências complementares
Japão	Ministro das Finanças, Banco do Japão, Comissão do Livro-Comércio	Competências Concorrentes
México	Banco de México, Comissão Nacional Bancária e Acionária, Ministro das Finanças e Crédito Público, Comissão Federal da Concorrência	Competências Concorrentes
Espanha	Banco de Espanha, Departamento de Instituições Financeiras	Isenção antitruste
Suécia	Autoridade Sueca da Concorrência, Finansinspektionen – Autoridade de Supervisão Financeira, Banco Central da Suécia	Competências Complementares
Suíça	Comissão Federal Bancária, Comissão Federal de Concorrência	Competências Concorrentes
Inglaterra	Banco da Inglaterra (Bank of England) Departamento do Livre-Comércio, Comissão de Monopólios e Fusões	Competências Complementares

Estados Unidos	Federal Reserve Board, Departamento de Justiça – Divisão Antitruste	Competências Concorrentes
União Européia	Comissão de Concorrência da União Européia	Competências Complementares

Fonte: (Yazbek, 2008, 28P. 207/210).

3.7 Projetos Bacen x Cade

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar nº 344/2002 e o Projeto de Lei nº 412/2003: a) o PL 344/02 que tramita na Câmara, de autoria do Poder Executivo, foi apresentado em 2002. Estabelece a competência do Banco Central para decidir sobre os atos de concentração entre instituições financeiras que afetem a higidez do sistema financeiro. O texto apresentado pelos Ministérios da Fazenda e da Justiça visa, também, garantir que o exame dos atos de concentração e a punição das condutas lesivas à concorrência, praticados por instituições financeiras, estejam sobre competência do Banco Central; e b) o PLP 412/2003, proposta do Senador Antônio Carlos Magalhães, visa definir a competência do Cade na defesa da concorrência no Sistema Financeiro Nacional, alterando a Lei nº 4.595/64. Na Câmara o projeto tramita como PLS 265/2007.

Por fim, ainda, tramita, no Congresso Nacional desde 2002, o Projeto de Lei Complementar n.º 344 que altera a lei bancária para conferir ao Bacen a competência privativa para a análise de atos (de concentração) que envolvam instituições financeiras, devendo ele, no entanto, encaminhar à análise do Cade as concentrações que não tenham potencial de afetar a higidez do sistema financeiro nacional. Observa-se que existem vários projetos de lei que buscam a definição da competência para apreciar os atos de concentração econômica no sistema financeiro, que apresentam divergências em seu bojo, sem indicação de perspectiva de solução (modelo) a ser adotada.

4 CONCLUSÃO

Reprisando os tópicos desenvolvidos neste artigo, mais especificamente as teorias econômicas, a estrutura e conteúdo da legislação brasileira sobre agências reguladoras e o comportamento internacional, verifica-se que a relação entre regulação e concorrência ainda é um tema bastante discutido, com tendência majoritária na direção do modelo de participação complementar entre estes sistemas. No Brasil, mais especificamente, ainda não se tem uma definição legal que traga a segurança jurídica desejada na referida relação.

Chegamos ao entendimento de que os referidos sistemas (regulação e concorrência) apresentam acentuadas diferenças de foco de atuação. O setor regulado exige profundo conhecimento técnico e prático do funcionamento do setor e tem objetivos específicos, emitindo regras que contribuem para a formação do próprio mercado regulado,

atuando ainda no planejamento de médio e longo prazo, conforme a política de estado estabelecida, enquanto que a autoridade antitruste lida com os mais diversos setores de grande complexidade atuando de forma concreta e pontual de pouco alcance na política setorial .

Retornado a área de transportes, as ações da ANTT e da Antaq limitam-se a uma modesta participação no processo de proteção dos princípios concorrenciais, atuando de forma genérica, tendo competência para impedir situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica, devendo, contudo, todas as condutas e todos os atos de concentração destes setores passarem pelo crivo do Cade, para verificar sua legalidade e se foram esgotadas todas as possibilidades de concorrência. Assim, a repartição das competências entre o SBDC e ANTT/Antaq não estão a se conflitar, há apenas a necessidade de aprimoramento dos sistemas.

No setor aéreo, a Anac tem os mesmos poderes conferidos à ANTT e à Antaq, estando na mesma situação dessas agências.

Reprisando o setor de telecomunicações, concluímos que a Anatel, nos termos do arts. 19-XIX e 97 da Lei 9.472/97 substituiu o SDE e a SEAE na investigação e julgamento preliminar as infrações a ordem econômica, tendo ainda, competência para, no interesse no público, com independência e com competência legal, atuar no controle, prevenção e repressão às infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Cade. Esta divisão de competência é um indício de regime de controle complementar entre a Anatel e o SBDC, contudo fraciona o SBDC, indefinindo o papel do CADE, num sistema complexo como o da concorrência (SBDC), com conhecimento especializado, levando a duplicidade de esforços, com custos adicionais para se fazer um trabalho que o SDE, a SEAE e o Cade já o fazem.

Quanto ao setor elétrico, chega-se a conclusão que cabe à Aneel a função de zelar pela lei de defesa da concorrência, monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica, podendo, inclusive, estabelecer restrições, limites e condições quanto à obtenção de transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si, porém não tem a Aneel o poder de promover a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, ou mesmo excluindo o Cade de promovê-la. Vale lembrar que o TFR 1ª Região, ao ser provocado, entendeu que não cabe somente a Aneel a competência para definir o mercado relevante do setor de distribuição de energia elétrica, assim como declarar a existência de abuso de poder econômico nos termos da Lei n. 9.247/96. Assim, apesar das divergências sobre os limites quanto à aplicação da lei concorrencial ao setor elétrico, o papel da Aneel na defesa da ordem

econômica, entendemos que algumas competências do SBDC foram transferidos para a Aneel, contudo não de forma clara e profunda o suficiente para que exista uma isenção antitruste no setor elétrico (lei especial derroga a geral), ficando a relação concorrência e regulação neste setor pendente de ações complementares. Inclusive cabe o mesmo entendimento, retomando, dado à Anatel quanto ao fracionamento de competências no SBDC.

Constatou-se, em síntese, que o grau de repartição das competências no SBDC das agências reguladoras aqui tratadas é bastante diversificada. Com relação a ANTT e a Antaq, a participação é somente de auxílio ao SBDC, contudo, no caso da Aneel e da Anatel estas agências exercem funções que estão previstas na Lei 8.884/94 como pertencentes ao SDE, a SEAE e ao Cade. De uma forma Geral não existe um padrão de repartição de competência, varia de acordo com a política do setor regulado.

No tocante aos projetos de Lei 5.877/05 e 3.937/04 que reestruturam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) não apresentam nenhuma solução para a melhor repartição das competências e equacionar os possíveis conflitos entre as AR's e o SBDC. Contudo, os projetos de lei das agências reguladoras sob número 3.337/2004 e o substitutivo sob número 2.057, de 2003, apresentam avanços, quando inovam ao estabelecer que as AR' atuem em estreita cooperação, privilegiando a troca de experiências com o SBDC, e que sejam responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência nos setores regulados quando essas competências estejam atribuídas expressamente em sua legislação específica.

Quanto ao controle da concorrência, no tocante controle dos atos de concentração no sistema financeiro ao setor financeiro, ainda se encontra indefinido, até que o poder judiciário julgue em definitivo o conflito entre Bacen e Cade ou até que o poder legislativo ponha fim a este conflito de competência mediante edição de lei. Ressalto que, mesmo o judiciário interferindo, não fica o assunto solucionado, pois a composição dos tribunais muda constantemente e com isso pode se alterar entendimentos jurídicos, gerando insegurança jurídica.

Referente ao controle dos atos de concentração no sistema financeiro internacional (direito comparado), a diversidade de modelos é um fenômeno mundial que afeta todos países, de forma que cada um tem escolhido o que lhe é mais conveniente, considerando o estágio de desenvolvimento de seu sistema financeiro e sua política de desenvolvimento econômico.

Quanto ao controle dos atos concentração no sistema financeiro Brasileiro, a lei não definiu qual tipo de modelo de controle deva ser adotado, apenas o poder judiciário entendeu que cabe ao Bacen tal competência, sem identificar qual o verdadeiro papel dos princípios de defesa da concorrência.

Ainda no setor financeiro, os projetos de lei PLP 344/2002, PLP 265/2007 e PLS 412/2003 buscam a definição da competência para apreciar os atos de concentração econômica no sistema financeiro, apresentando divergências em seu bojo, sem indicação de perspectiva de solução (modelo) a ser adotada, ora tendendo para o Bacen ora tendendo o para Cade.

Voltando, mais uma vez, à relação regulação e concorrência, do ponto de vista que envolve as ARs (ANTT, Antaq, Aneel, Anatel e Anac), chega-se ao entendimento que, para a atuação conjunta destes sistemas, a lei deverá estabelecer de forma uniforme que as AR's, adotando um regime de controle complementar, sejam agentes avançados do SBDC na defesa da concorrência atuem monitorando, fiscalizando, reprimindo, restringindo e acompanhando e esgotando todas as possibilidades de concorrência no seu setor, de forma que adotem de imediato as primeiras providências no sentido eliminar ou mitigar as infrações à ordem econômica que impliquem em abuso do poder econômico, principalmente atos que concentrem de alguma forma concentrem os agentes econômicos, seja por ocasião do planejamento do seu setor, seja ao tomarem conhecimento de condutas/atos anticompetitivos. Ressalto que os atos das ARs devem passar posteriormente pelo Cade para aprovação final, observando a ótica da regulação e da concorrência.

Assim, até que a lei solucione estes conflitos de atribuições entre autarquias, a melhor interpretação da legislação vigente é que as competências entre AR's e o SBDC, quanto aos atos de concentração e condutas a serem controlados ou reprimidos em defesa da ordem econômica, devem ser repartidos de maneira a se trabalhar de forma convergente, complementar e harmônica, com troca de informações, devendo sempre, no aspecto da defesa da concorrência, ter o Cade a palavra final, balizando-se na regulação/normas adotadas pelas AR's.

Conclui-se, por fim, que a ausência de disciplina legislativa expressa fez com que as relações institucionais entre concorrência e regulação fossem se ajustando ao longo dos anos, a partir de experiências concretas, inclusive com a interferência do poder judiciário. Assim, diante da atual ausência de disciplina legislativa, visando contribuir nesta discussão, entendemos pela necessidade de realização de aprofundamento no tema: conflitos de competência e política pública de concorrência no tocante as AR's, Bacen e o SBDC,

sinalizando para de estudos quanto a viabilidade de criação de um órgão, com que tenham representantes das Agências Reguladoras, dos integrantes do SBDC (SDE, Seae, Cade), além de setores interessados como os consumidores, a indústria, e o comércio, para ser o possivelmente responsável pela eliminação de conflitos inconciliáveis entre agências reguladoras e o SBDC, determinando ainda as condições técnica para a celebração e cumprimento de acordos e convênios entre o sistema regulatório e da concorrência, além de fixar, à luz da legislação, a política de compatibilidade ente regulação e concorrência.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos: As Agências Reguladoras Independentes, Revista Eletronica de Direito Administrativo Econômico. Salvador 2007, número 10, Uma Contribuição Da Teoria Dos Ordenamentos Jurídicos Setoriais:

BOBBIO, N. Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília: UNB, 1994. Cap. 3.

Brasil. LEI Nº 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

Brasil. LEI Nº 10.233, DE 05/06/2001 - Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências.

Brasil. LEI Nº 9.427, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências.

Brasil. Lei ANATEL LEI Nº 9.472 - DE 16 DE JULHO DE 1997 - DOU DE 17/7/1997 - LEI GERAL DAS TELECOMUNICAÇÕES Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador

Brasil. LEI Nº 11.182, DE 27 DE SETEMBRO DE 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências

Brasil. LEI Nº 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

Brasil. LEI Nº 4.595, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências

CADE. ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08012.006762/2000-09 - Banco De Investimentos S/A (Banco Finasa), Brasmetal Industrial S/A (Brasmetal) e Zurich Participações E Representações Ltda. (Zurich) E Com As Intervenientes-Anuentes Zurich Brasil Seguros S.A (“Zurich Brasil”); Finasa Seguradora S.A (“Finasa Seguradora”); Zurich Insurance Company; Banco Mercantil De São Paulo S.A (“Banco Múltiplo”) E Souto Vidigal S.A (Souto Vidigal). Fonte: WWW.CADE.gov.br

COSTA, L. Anatel, Cade e o julgamento Oi/BrT. Disponível em http://www.teleco.com.br/legis_forum/lucianocosta07.asp. Acesso em 31/3/2011.

CUELLAR, Leila. Estudos Direito Econômico: Belo Horizonte: Fórum, 2004, pag. Xxxx

FILHO, C. S. Regulação da Atividade Econômica, Princípios e Fundamentos Jurídicos. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. Cap. 1 a 6.

_____ Direito Concorrencial, as estruturas. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. Cap. 3.

_____ Regulação e Concorrência. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, E. R. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 11ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

Kahn, Alfred E. The Economics of regulation: principles and institutions. Cambridge, London, The Mit Press, 1998.

KLEIN, A. L. Conflito de Competência entre CADE e BACEN: comentários a Acórdão do TRF-1ª Região. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 8, out./2007, disponível em <http://www.justen.com.br//informativo.php?informativo=8&artigo=309>, acesso em 1º/4/2011.

JUSTEN NETO, M. Defesa da Concorrência no setor de energia elétrica – o termo de compromisso de cooperação institucional entre ANEEEL, CADE, SDE e SEAE. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 42, agosto 2010. Disponível em <http://www.justen.com.br//informativo.php?informativo=42&artigo=459>. Acesso em 31/3/2011.

LEHFELD, L. S. Controle das Agências Reguladoras. São Paulo: Atlas, 2008. Cap. 01.

MARQUES, M. L.; ALMEIDA, J. P. S. de; FORTE, A. M. Concorrência e Regulação (A relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial). Portugal: Coimbra Editora, 2005.

MELLO, M. T. L. Defesa da Concorrência. David Kuprer; Lia Hansenclever (Org). Compêndio: Economia Industrial, Fundamentos Teóricos e Práticos no Brasil, 2ª Edição, Editora Campos, 2006. Cap. 21.

MELO, C. A. B. Curso de Direito Administrativo. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. Cap. 6.

NESTER, A. W. Regulação e Concorrência, Compartilhamento de Infra-Estruturas e Redes. Editora Dialética, São Paulo: 2006. Cap. 1,2 e 3.

OLIVEIRA, G. de. Regulação e Defesa da Concorrência: bases conceituais e aplicações do sistema de competências compartilhadas. Relatório de Pesquisa n.º 9/2001. EAESP/FGV/NPP – Núcleo de Pesquisas e Publicações, 2001. Disponível em <http://virtualbib.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3198/Rel%2009-2001.pdf?sequence=1>. Acesso em 31/3/2011.

SAMUELSON, Paul, Economia. 17ª ed. Mc. Grow Hill. Rio de Janeiro, 2004. Cap 17.

SANTIAGO, L. S. **Direito Da Concorrência**, Salvador: Podivm, 2008. Cap. 10.

YAZBEC, O. **Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais**, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Campus, 2009. Cap. 4.